

E-BOOK

Le note a sentenza

di

GIUSTIZIA INSIEME



Annuario

della giurisprudenza amministrativa annotata

2022

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.

ISBN 979-12-5976-598-7



INDICE

Sez. I – Anno 2022

C. AGLIATA, <i>Ordine di demolizione e diritto all'abitazione. Riflessioni sulla perimetrazione del concetto di abuso di necessità</i> (nota a T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 24 gennaio 2022, n. 474)	1
F. APERIO BELLA e A. COIANTE, <i>L'interferenza delle regole del giudizio amministrativo impugnatorio sul giudizio di l.c. in via incidentale</i> (nota a Corte cost., 21 dicembre 2021, n. 248)	17
M. BALDARI, <i>Ultimi approdi in materia di responsabilità precontrattuale della p.a.</i> (Nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21)	28
D. BOTTEGA, <i>Il principio di (im)modificabilità dei raggruppamenti di imprese</i> (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 25 gennaio 2022, n. 2)	40
G. BOTTO, <i>Sul rapporto tra controllo giudiziario ad esito favorevole e aggiornamento dell'informativa anti-mafia</i> (nota a Consiglio di Stato sez. III, 16 giugno 2022, n. 4912)	69
V. BRIGANTE, <i>Le cause di incompatibilità a presidio dell'imparzialità del giudice amministrativo</i> (nota a Cons. St., sez. V, 6 aprile 2021, n. 2759)	81
S. CAGGEGI, <i>Class action amministrativa e standard qualitativi dei servizi pubblici. Le modalità di tutela azionabili</i> (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 26 agosto 2022, n. 7493)	90
M. CALABRÒ e L. PERGOLIZZI, <i>L'insostenibile sostenibilità. Perduranti incertezze nella disciplina della realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili</i> (nota a Cons. Stato, Sez. II, 3 novembre 2021, n. 7357)	97
M. CALARESU, <i>Giurisdizione esclusiva nella materia del bilancio- il giudice amministrativo ne riconosce l'esistenza e la riserva costituzionale in favore della Corte dei conti</i> (nota a TAR Lombardia, sez. I, n. 1088 dell'11.5.2022)	113
M. CAPPALÀ e G. COLANGELO, <i>La Grande Sezione della Corte di giustizia elabora (finalmente) un test unico per il ne bis in idem</i>	126
S. CASILLI, <i>La difficile convivenza tra creature umane e non umane. Il caso dell'orso M57 e la motivazione dei provvedimenti contingibili e urgenti</i> (Nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, 3 novembre 2021, n. 7366)	135

F. CIMBALI, <i>Modelli di accesso e garanzie di trasparenza</i> (nota a Consiglio di Giustizia per la Regione Siciliana, 1 febbraio 2022, n. 154)	146
A. CIOFFI e R. FERRARA, <i>Ambiente e Costituzione</i>	162
A. CIOFFI, <i>Abuso d'ufficio e "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge". In margine a Cassazione Sez. VI n. 37341/2022, osservazioni sul problema della integrazione della norma penale con l'ordinamento amministrativo</i>	168
G.P. CIRILLO, <i>Le interferenze tra i beni pubblici e i beni privati nella teoria generale e nell'esperienza pratica</i>	175
E. CONCILIO, <i>Autocertificazioni mendaci e automatica decadenza dai benefici</i> (nota a Corte costituzionale n. 190 del 13/10/2021)	194
R. CONTI e F. FRANCIARIO, R. Conti intervista a F. Francario: <i>La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021-causa C-497/20, Randstad talia?</i>	206
A. CRISMANI, <i>Il dissesto finanziario degli enti locali tra tutela dei creditori, "diritto a un tribunale" e tutela della finanza pubblica</i> (nota a Cons. Stato, Adunanza Plenaria n. 1/2022)	214
F. D'ANGELO, <i>La collaborazione amministrativa nella funzione di vigilanza (bancaria). Profili di giurisdizione e procedurali</i> (nota a Cass SU 20 aprile 2021, n. 10355)	228
M. G. DELLA SCALA, <i>La dimensione estetico-identitaria del paesaggio e i suoi confini</i> (Cons. St., IV, 28.1.2022 n. 624)	244
G. DELLE CAVE, <i>L'accesso difensivo post Adunanza Plenaria n. 4/2021 tra potere valutativo della P.A. e apprezzamento del giudice</i> (nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 25 febbraio 2022, n. 1342)	256
R. DIPACE, <i>Concessioni "balneari" e la persistente necessità della pronuncia della Corte di Giustizia</i>	274
L. DONATO, <i>La responsabilità amministrativo-contabile degli avvocati e degli ordini professionali- profili sistematici</i>	280

C. FILICETTI, <i>Tatuaggi e concorsi per l'arruolamento nelle forze armate</i> (nota a Consiglio di Stato. 16 febbraio 2022 n. 1167)	297
F. FRANCIARIO, <i>Il collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?</i>	302
F. FRANCIARIO, <i>Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato</i>	317
R. FUSCO, <i>Il necessario contraddittorio col privato nell'esercizio dei poteri discrezionali- l'efficacia invalidante del preavviso di rigetto</i> (nota a Cons. St., Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790)	325
F. GAMBARDELLA, <i>Sulla questione di legittimità costituzionale dell'obbligo di vaccinazione anti-Covid del personale sanitario. Nota a margine dell'ordinanza 22.03.2022, n. 351 del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana</i>	334
S. GARDINI, <i>Comunicazione all'interessato ed onere di motivazione nei procedimenti per il rilascio di interdittive antimafia</i> (nota a T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, sent. 14 settembre 2022, n. 1518)	347
S. GARDINI, <i>L'effettività del principio di parità di genere nell'accesso alle cariche elettive nei piccoli comuni</i> (nota a Corte cost., 25 gennaio 2022, n. 62)	354
I. GENUESSI, <i>Forma dell'atto di riassunzione di un precedente giudizio e sinteticità degli atti nel processo amministrativo</i> (Nota a Cons. giust. amm. Regione Sicilia, 3 marzo 2022, n. 20)	362
G. LA ROSA, <i>La tardiva opposizione al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la (in)applicabilità dell'art. 48, comma 3, c.p.a.</i> (nota a Cons. Stato, Sez. I, parere 15 febbraio 2022, n. 361)	377
T. LINARDI, <i>Il concordato in bianco fra genesi della disciplina del "decoctor" e codice dei contratti pubblici</i> (nota a Ad. Plen. n. 9/2021)	387
T. LINARDI, <i>L'eccesso di potere giurisdizionale ex art. 111, co. 8, Cost.</i>	405
M. MAGRI, <i>Il Consiglio di Stato nega la legittimazione del promissario acquirente all'impugnazione dei titoli edilizi</i> (nota a Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2022, n. 1768)	422

M. MAGRI, <i>Individuazione dell'interesse legittimo e accertamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, dopo il "caso Randstad"</i>	436
M. MAGRI, <i>Rifiuto di rinvio pregiudiziale per travisamento dell'istanza di parte-revocazione della sentenza o "semplice" obbligo del giudice amministrativo di risarcire il danno?</i>	454
A. MANZIONE, <i>Il riparto di giurisdizione in materia di sanzioni amministrative non pecuniarie</i>	484
F. MARTINES, <i>Acquisizione sanante e ammissibilità della rinuncia abdicativa- diversità di vedute fra giudice amministrativo e ordinario (nota a Cass. Civ., Sez. I, 6 giugno 2022, nn. 18142, 18143, 18167, 18168)</i>	510
M. MAZZAMUTO, <i>Il dopo Randstad- se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?</i>	523
G. MONTEDORO, <i>Derrida, il giudice, il fare giustizia</i>	533
G. MONTEDORO, <i>La proprietà pubblica-oblio di un concetto</i>	538
G. MONTEDORO, <i>Paesaggio, ambiente, territorio - il binomio tutela-fruizione dopo la riforma costituzionale</i>	546
S. MONZANI, <i>L'affidamento in house providing e il richiamo alle origini euro-unitarie [...] dopo la crisi pandemica (nota a Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023)</i>	565
S. MONZANI, <i>La revisione prezzi nei contratti pubblici- disciplina legale eccezionale, discrezionalità della stazione appaltante e rimedi civilistici (nota a T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 10 marzo 2022, n. 239)</i>	581
C. NAPOLITANO, <i>Incertezza normativa e principio di autoreponsabilità degli operatori economici- sempre più verso una "Italia immobile"?</i> (nota a Cons. Stato, IV, 19 aprile 2022, n. 2915)	591
P. OTRANTO, <i>Illegittima proroga ex lege della concessione balneare e reato di "abusiva occupazione dello spazio demaniale". Cronaca di un finale annunciato (nota a Cass. pen. 22 aprile 2022 n. 15676)</i>	604
R. PAPPALARDO, <i>Il membro laico del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana è un consigliere di Stato?</i> (Nota a Cons. St., Sez. V, 14 settembre 2021, n. 6282)	615
A. PERSICO, <i>Promozione dell'energia rinnovabile e tutela del patrimonio culturale-verso l'integrazione delle tutele (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167)</i>	629

A. PERSICO, <i>Silenzio-assenso e tutela del legittimo affidamento- il perfezionamento della fattispecie non è subordinato alla presenza dei requisiti di validità</i> (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746)	638
I. PIAZZA, <i>Accesso difensivo e tutela dei dati personali-il caso dei nominativi nelle segnalazioni alla p.a.</i> (nota a TAR Emilia Romagna - Bologna, sez. II, 8 febbraio 2022, n. 136)	645
G. PRIMERANO, <i>Legislazione regionale e disciplina della pianificazione urbanistica. Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale</i> (nota a Corte cost., 28 ottobre 2021, n. 202)	655
M. RAGUSA, <i>Ancora sulle tutele dell'interesse al (tempestivo) esercizio di poteri a carattere vincolato</i> (nota a Tar Lazio, Roma, Sez. III, 2 maggio 2022, n. 5419)	663
M. RICCIARDO CALDERARO, <i>Il rinvio dell'udienza nel processo amministrativo tra poteri del giudice e diritti delle parti</i> (nota a Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, 31 gennaio 2022, n. 153)	678
M. RICCIARDO CALDERARO, <i>L'accesso telematico al fascicolo processuale - legittimazione del terzo e rimedi impugnatori avverso la decisione di diniego</i> (nota a Cons. giust. amm. Reg. Siciliana, 22 settembre 2022, n. 963)	694
R. ROLLI e M. MAGGIOLINI, <i>Interdittiva antimafia e legittimazione all'impugnazione. La necessaria partecipazione dei soggetti direttamente coinvolti</i> (nota a Consiglio di Stato Ad. Plen. N. 3/2022)	715
R. ROLLI e M. MAGGIOLINI, <i>Accertamento penale e valutazione amministrativa- pluriformi verità</i> (nota Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, decreto presidenziale n. 544 del 3 agosto 2021)	722
R. ROLLI e M. MAGGIOLINI, <i>Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittiva antimafia</i> (nota a Ordinanza TAR Lecce, sez. III, n. 116/2022)	727
R. ROLLI e M. MAGGIOLINI, <i>Interdittiva antimafia tra norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie</i> (Nota a Consiglio di Stato, sez. III del 25 ottobre 2021, n. 7165)	732
M. A. SANDULLI, <i>“Rinvio pregiudiziale e giustizia amministrativa- i più recenti sviluppi”</i>	738
M. A. SANDULLI, <i>Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici</i>	753

M. A. SANDULLI, <i>Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario</i>	762
M. A. SANDULLI, <i>Sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria</i>	777
F. G. SCOCA, <i>Osservazioni sulle sanzioni amministrative (a proposito della confisca "urbanistica")</i>	798
A. SCOGNAMIGLIO, <i>Carenza sopravvenuta di interesse e interesse alla pronuncia di illegittimità "a fini risarcitori"</i> (commento a Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 13 luglio 2022, n. 8)	816
S. SERIO, <i>Sulla sindacabilità della certificazione medica di esonero vaccinale</i> (nota a Cons. St., sez. III, 20 dicembre 2021, n. 8454)	828
G. SERRA, <i>SCIA, tutela del terzo e obbligo di riesame</i> . (Nota a Cons. Stato, Sez. IV, 11 marzo 2022, n. 1737)	846
G. SEVERINI, <i>La "transizione" come ordinamento giuridico</i>	857
M. SFORNA, <i>Limiti all'accesso agli atti di gara e al potere acquisitivo del giudice in presenza di segreti tecnici o commerciali e tutela brevettuale</i> (nota a Cons. Stato, Sez. III, 26 10 2021 n. 7173)	866
M. SFORNA, <i>Tutela cautelare monocratica- il Consiglio di Stato torna ad affermare l'inappellabilità del decreto cautelare reso ex art. 56 c.p.a.</i> (Nota a Cons. Stato, Sez. IV, n. 1962 del 2022)	873
S. SPERANZA, <i>Silenziio assenso tra P.A. e autorizzazione paesaggistica. Le prospettive del Consiglio di Stato</i> (nota a Consiglio di Stato, Sezione Sesta, n. 4098 del 24 maggio 2022)	882
M. TIMO, <i>Le proroghe ex lege delle concessioni "balneari" alla Corte di Giustizia- andata e ritorno di un istituto controverso</i> (nota a T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, ordinanza 11 maggio 2022, n. 743)	892
M. TRIMARCHI, <i>Legittimazione passiva nell'azione di condanna al risarcimento dei danni arrecati da un'ordinanza contingibile e urgente adottata dal Sindaco quale ufficiale del Governo</i> (nota a Cons. Stato, sez. II, 20 dicembre 2021, n. 8438)	909
G. TROPEA, <i>Per un inquadramento di sistema della disciplina dell'art. 42 bis DPR n. 327/2001 alla luce della giurisprudenza costituzionale e del giudice amministrativo</i>	914

F. V. VIRZÌ, <i>L'accesso civico e la reinterpretazione della trasparenza amministrativa. La funzionalizzazione dell'interesse conoscitivo e il suo 'affievolimento'</i> (nota a Cons. St., sez. III, sent. non definitiva 10 giugno 2022, n. 4735)	928
F. VOLPE, <i>Il processo amministrativo dopo il Covid</i>	943
F. VOLPE, <i>Il processo amministrativo sulle controversie PNRR e le sue criticità</i>	952
E. ZAMPETTI, <i>Diritto dell'Unione europea e articolo 111 co. 8 Cost. Considerazioni a margine del caso Randstad sui profili problematici della nomofilachia differenziata</i>	967
E. ZAMPETTI, <i>Le concessioni balneari dopo le pronunce Ad. Plen. 17 e 18 2021. Definito il giudizio di rinvio innanzi al C.G.A.R.S.</i> (nota a Cgars, 24 gennaio 2022 n. 116)	981

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2286 – 14 aprile 2022

Ordine di demolizione e diritto all'abitazione. Riflessioni sulla perimetrazione del concetto di abuso di necessità (nota a T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 24 gennaio 2022, n. 474)

di Cristina Agliata

Sommario: 1. La vicenda. - 2. Brevi premesse sulla natura giuridica ripristinatoria delle sanzioni edilizie. - 3. Diritto all'abitazione. Il giudizio di bilanciamento tra interessi pubblici e private necessità. - 4. Rapporto tra ordine di demolizione e diritto all'abitazione: quando può parlarsi di abuso di necessità. - 5. Conclusioni.

1. La vicenda

Con la sentenza in commento il Tar Campania, Napoli, ha affrontato il delicato tema della applicabilità delle sanzioni ripristinatorie avverso opere edilizie abusive, in relazione al diritto all'abitazione^[1] ed ai principi euro unitari a tutela dello stesso.

La vicenda riguarda, più in particolare, l'impugnativa del provvedimento emesso dal Comune di Santa Maria la Carità con il quale è stata ingiunta la demolizione di talune opere abusive rinvenute nel fabbricato di proprietà delle ricorrenti; opere consistenti nella realizzazione, su un immobile edificato in assenza di idoneo titolo abilitativo, di una tettoia di circa 35 mq, nonché nel completamento della porzione sita al piano terra della parte retrostante al fabbricato.

A sostegno delle proprie ragioni, le parti ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'articolo 1 del D.M 28 marzo 1985, la violazione dei principi di legittimo affidamento e buona fede,

nonché la violazione del diritto all'abitazione previsto dagli articoli 6 e 8 della CEDU. Il collegio ha ritenuto le doglianze non meritevoli di accoglimento ed ha rigettato il ricorso.

Nel dirimere la controversia i giudici hanno, *in primis*, evidenziato come la conclamata abusività dell'intero plesso edilizio fosse da ritenersi elemento fondante il provvedimento gravato, giustificato dalla mancanza assoluta di un titolo abilitante; inoltre, hanno sottolineato come il decorso di un ampio lasso di tempo non fosse da considerarsi elemento idoneo ad inficiare la legittimità dell'ordine sanzionatorio emesso. Sul tema, il collegio ha richiamato i numerosi arresti in tema di ordini di ripristino intervenuti anche a distanza di anni rispetto alla realizzazione degli abusi e sulla non necessità di una motivazione specifica sulla attualità e prevalenza dell'interesse pubblico rispetto all'affidamento del privato[2].

In particolare il T.A.R. Campania ha ricordato che l'Adunanza Plenaria, con sentenza n.9 del 2017, ha affermato il principio secondo cui il decorso del tempo non incide sulla doverosità degli atti volti a perseguire l'illecito attraverso l'adozione della misura sanzionatoria: stante il suo carattere di vincolatività, l'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo, anche se adottata tardivamente, non necessita di specifica motivazione sulla prevalenza dell'interesse al ripristino della situazione *quo ante*, né comporta una puntuale comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti[3].

L'abuso edilizio è illecito permanente, pertanto, ogni provvedimento repressivo posto in essere dall'amministrazione, anche a distanza di tempo dalla commissione dello stesso, non è da ritenersi emanato nei riguardi di un illecito esaurito, bensì posto in essere avverso una situazione antigiusdittica che perdura sino al momento del venire in essere della sanzione[4].

In relazione alla dedotta violazione del principio di affidamento, il collegio ha sottolineato che nel caso di abusi edilizi, non sussiste alcun affidamento incolpevole e come tale meritevole di tutela, ma piuttosto l'auspicio dell'inerzia sanzionatrice dell'ente locale.

Diversamente la tutela è invocabile laddove un privato che abbia correttamente ed in senso compiuto reso nota la propria posizione all'Amministrazione, venga da questa indotto con un suo provvedimento a ritenere legittimo il suo operato. Ci si riferisce, ad esempio, all'ipotesi del permesso di costruire dapprima rilasciato e poi successivamente annullato. In tal caso, infatti, recente giurisprudenza ha affermato che l'annullamento della concessione a seguito dell'accertamento della sua illegittimità non possa operare in automatico ma necessiti di una compiuta valutazione comparativa degli interessi in gioco. Fra questi, ad esempio, l'affidamento creato dalla Pubblica Amministrazione con il rilascio del permesso di costruire, la situazione di apparente legalità protratta nel tempo e la conseguente buona fede generata in capo al costruttore. L'annullamento in autotutela, dunque, necessita di una valutazione e comparazione degli interessi coinvolti. E' solo mediante un'articolata e completa motivazione, infatti, che il provvedimento potrà dirsi legittimo. Tale obbligo, inoltre, sarà più stringente qualora le scelte pregresse che hanno ampliato la sfera giuridica dei privati siano state non già frutto di comportamenti fraudolenti da parte degli stessi, ma maturate in un rapporto con la pubblica amministrazione caratterizzato, apparentemente, dalla reciproca buona fede[5].

Per quanto concerne, invece, il presunto contrasto tra il provvedimento sanzionatorio ed i principi euro-unitari a tutela del diritto all'abitazione il collegio ha specificamente evidenziato come nella specie venisse in rilievo un immobile già oggetto di un ordine demolitorio non

adempito e divenuto inoppugnabile per decorso del tempo, nonché una ‘nuova’ costruzione realizzata sul preesistente fabbricato abusivo, elementi questi connessi ad una maggiore fruibilità dell’edificio piuttosto che a soddisfare esigenze minime di abitazione, come tali idonei a concretizzare un’ipotesi di abuso di necessità.

La demolizione è da ritenersi, ad avviso del collegio, conseguenza naturale e vincolata della violazione urbanistica; in tal senso, non sussisterebbe, pertanto, alcun diritto “assoluto” all’invulnerabilità dello spazio abitativo, desumibile dai principi euro unitari, tale da precludere l’esecuzione dell’ordine di demolizione di un immobile abusivo, finalizzato al ripristino dell’ordine giuridico violato.

Utile a tale finalità il richiamo del collegio agli sviluppi giurisprudenziali nazionali che hanno portato a qualificare la demolizione, a differenza della confisca, non una “pena”, ma una “misura di riparazione del danno”[6].

In ultimo, è stata ritenuta infondata la presunta violazione del diritto all’abitazione, non avendo le parti provveduto a dimostrare in giudizio di non disporre di un immobile diverso da quello oggetto del provvedimento gravato.

2. Brevi premesse sulla natura giuridica ripristinatoria delle sanzioni edilizie

Differenti sono stati gli orientamenti giurisprudenziali susseguitesi nel tempo e, in particolare, due sono le impostazioni da considerare: una prima, ad avviso della quale le misure repressive previste dal d.P.R n.380 del 2001 sarebbero vere e proprie sanzioni a cui corrisponderebbero illeciti amministrativi[7] ed un’altra, ad oggi prevalente, ad avviso della quale le misure repressive in materia edilizia avrebbero natura ripristinatoria[8] in quanto provvedimenti rientranti nell’esercizio della funzione esecutiva della pubblica amministrazione[9]. Tali provvedimenti mirano non già a sanzionare un comportamento quanto piuttosto a rimuovere gli effetti che dal comportamento illecito derivano e che ledono l’assetto urbanistico-edilizio di una determinata porzione di territorio[10].

Tale impostazione, cristallizzando la considerazione sulla natura permanente degli illeciti edilizi, esclude che ad essi possa applicarsi il principio di irretroattività. L’adozione della sanzione è doverosa, la pubblica amministrazione, infatti, laddove accerti l’illiceità dell’intervento è tenuta ad emanare la sanzione repressiva che non è soggetta né al termine di prescrizione né tantomeno a quello di decadenza.

La natura amministrativa della sanzione emessa assolve, da un lato, all’autonoma funzione ripristinatoria del bene giuridico leso e, dall’altro, riveste carattere reale e configura un obbligo di fare imposto per ragioni di tutela del territorio[11].

Il dibattito, stante la natura di illecito permanente della sanzione edilizia e la doverosità dell’azione amministrativa volta al ripristino del corretto assetto edilizio-urbanistico dell’area, si è concentrato sulla sussistenza o meno dell’obbligo motivazionale in relazione al richiamo al principio dell’affidamento in relazione agli abusi edilizi.

Maggioritaria e sedimentata giurisprudenza^[12] ha affermato l'insussistenza di un obbligo motivazionale specifico, tenuto conto del fatto che l'ingiunzione di demolizione appare adeguatamente motivata mediante l'indicazione del carattere abusivo dell'opera e dei parametri normativi asseritamente violati. Il privato cui viene notificato l'ordine di demolizione, anche a distanza di tempo, non vanta alcuna posizione di legittimo affidamento, tra l'altro considerato impropriamente richiamato^[13]; l'ordinamento, infatti, tutela l'affidamento di chi versa in una situazione antiggiuridica soltanto laddove esso presenti un carattere incolpevole e non nel caso in cui un soggetto abbia reiteratamente posto in essere azioni illecite. Come sottolineato anche dal collegio nella sentenza che si annota, il decorso tempo non può, in ogni caso, legittimare l'illiceità del comportamento di un soggetto che confida nell'omissione dei controlli o dell'inerzia dell'amministrazione nell'esercizio del potere di vigilanza.

Ad avviso di un diverso e minoritario orientamento^[14], invece, l'ingiunzione di demolizione sarebbe in linea di principio sufficientemente motivata con l'affermazione dell'accentuata abusività fatta salva un'eccezione, rinvenibile nell'ipotesi in cui per un lungo lasso di tempo l'amministrazione preposta alla vigilanza abbia ingenerato un legittimo affidamento nel privato; in tal caso sussisterebbe un obbligo di motivazione da parte dell'amministrazione che dia conto, alla luce della tipologia di abuso di cui trattasi, del prevalente interesse pubblico fatto valere dall'amministrazione.

L'Adunanza Plenaria, con sentenza n.9 del 2017 ha aderito al primo orientamento affermando il principio secondo cui "il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pur tardivamente, la demolizione dell'immobile abusivo mai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata non richiede alcuna specifica motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse che impongono la rimozione dell'abuso"^[15]. Tale principio, ad avviso della Plenaria, non ammette deroghe neppure nel caso in cui la demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso. Nel caso di tardiva adozione del provvedimento di demolizione avverso un'edificazione *sine titulo*, infatti, la mera inerzia da parte dell'amministrazione non è idonea a far divenire legittimo ciò che ha connotati di illegittimità *ab origine*^[16].

L'ermeneutica fornita dalla Plenaria è in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte EDU^[17] che ha ritenuto non in contrasto con l'art.1 protocollo 1 l'erogazione dell'ordine di demolizione, anche dopo un lungo lasso di tempo. Le argomentazioni dei giudici comunitari si fondano proprio sulla natura ripristinatoria della misura che, nel rispetto del principio di proporzionalità, è tendente alla riparazione effettiva di un danno e non è finalizzata, nella sua essenza, a punire i trasgressori^[18].

L'ordinamento, dunque, tutela l'affidamento solo qualora esso sia incolpevole, mentre la realizzazione di un'opera abusiva, concretizzandosi in una volontaria attività del costruttore *contra legem*, giustifica l'azione ripristinatoria posta in essere avverso l'illecito edilizio, che, in virtù del suo intrinseco carattere permanente, si protrae e conserva nel tempo la sua natura. L'azione demolitoria posta in essere dall'amministrazione tutela *'in re ipsa'* l'interesse pubblico alla repressione dell'abuso^[19].

3. Diritto all'abitazione. Il giudizio di bilanciamento tra interessi pubblici e private necessità

Alla luce di quanto osservato in merito alla natura giuridica della sanzione edilizia, quale misura necessitata a carattere ripristinatorio, è possibile procedere con l'analisi della relazione sussistente tra il riconoscimento del diritto all'abitazione e il dovere sussistente in capo alla pubblica amministrazione di sanzionare la realizzazione di immobili abusivi.

La Costituzione italiana non prevede un espresso riconoscimento del diritto all'abitazione, così come invece risulta rinvenibile nelle Carte costituzionali di altri Stati (ad es. Belgio, Portogallo, Spagna^[20]); tuttavia, tale diritto può ritenersi evincibile da una serie di enunciati dai quali dottrina e giurisprudenza ne hanno desunto la sussistenza e la relativa riconducibilità nel novero dei diritti sociali^[21]. Anche con riguardo alla normativa sovranazionale, nonostante l'abitazione sia configurabile come bene primario da tutelare in modo concreto, non è rilevabile una norma che espressamente contempra tale diritto; è l'operato dei giudici comunitari, ancora una volta, che ridiscute l'esistenza dello stesso, mettendone in luce l'emersione progressiva, la necessaria ponderazione e la conseguente indivisibilità in relazione agli ulteriori diritti civili, politici e sociali coinvolti ^[22].

Il fondamento del diritto all'abitazione è stato rinvenuto, *in primis*, nell'art.42 comma 2 della Costituzione. Nella funzione sociale ^[23]del diritto di proprietà, infatti, è stato a più riprese posto il suo ancoraggio costituzionale e contestualmente la necessità della sua temperazione con altri diritti costituzionalmente garantiti e tutelati dall'ordinamento. Emblematica in tal senso è la sentenza della Corte Costituzionale n.404 del 1988 che, nell'affermare l'esistenza di un diritto sociale^[24] all'abitazione collocabile fra i diritti individuali dell'uomo riconducibili all'articolo 2 della costituzione, quale norma a fattispecie aperta^[25], fa discendere da tale riconoscimento importanti conseguenze sul piano della effettività della tutela, specie in relazione al bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti^[26].

Il diritto all'abitazione, partecipando della doppia natura di diritto inviolabile, da un lato, e diritto sociale dall'altro, diviene poi diritto "condizionato"^[27], anche finanziariamente^[28], sicché le scelte d'indirizzo devono necessariamente confrontarsi con le risorse economiche disponibili.

Su questo scenario di riferimento l'amministrazione competente è chiamata a sostanzare la propria azione attraverso un continuo bilanciamento degli interessi in rilievo^[29].

Nell'ottica del bilanciamento, i differenti diritti si limitano reciprocamente dando vita a un sistema aperto a contenere in sé stesso tutte le situazioni meritevoli di tutela. Il compito di scegliere tra i vari possibili punti di equilibrio spetta al legislatore con il limite invalicabile della doverosità di non operare alcuno 'sbilanciamento' tendente ad eliminare taluni dei diritti socialmente riconosciuti, pena la sua declaratoria d'incostituzionalità^[30].

Ne rappresenta conferma la copiosa giurisprudenza costituzionale relativa, prevalentemente, alla disciplina sui condoni edilizi^[31] nel tempo emanata ed in particolare sul suo carattere di specialità, ma anche all'utilizzo di beni del patrimonio comunale, appunto, per finalità abitative.

Esula dalla presente riflessione un'analisi compiuta della giurisprudenza costituzionale in tema di abitazione; merita però di essere richiamata la disposizione contenuta nell'art 4. della legge 14 ottobre 1993 della regione Sicilia, recante la previsione circa la possibilità di concedere un diritto di abitazione sul bene acquisito al patrimonio comunale, sempreché l'opera oggetto dell'abuso sia adibita a "dimora abituale e principale del responsabile dell'abuso e del suo nucleo familiare"^[32].

Più volte richiamata la natura discrezionale del riconoscimento del diritto all'abitazione, la Corte Costituzionale ha affermato in relazione alla norma predetta la non irrazionalità della previsione^[33] rispetto all'esigenza, di rilievo anche costituzionale, di disciplinare il problema dell'abusivismo edilizio e allo stesso tempo assicurare un'abitazione ai bisognosi^[34]. La Consulta, in altri termini, contempla la possibilità di configurare la sussistenza di uno stato di necessità, con conseguente rimessione alla discrezionale valutazione da parte dell'amministrazione, circa la presenza dello stesso alla luce delle risultanze fattuali.

Nell'emettere un ordine di demolizione, l'amministrazione è tenuta, in tale ottica, ad operare un necessario e proporzionato bilanciamento tra la doverosità di porre in essere tutte le azioni necessarie a tutelare il territorio, ed impedire che tali attività illecite si protraggano sullo stesso, e il rispetto del diritto all'abitazione, così come identificato in sede giurisprudenziale.

Ci si può allora domandare se il diritto all'abitazione prevalga sull'onere dell'amministrazione di porre in essere tutte le azioni idonee a determinare un corretto governo del territorio, e, soprattutto, se lo stesso diritto possa essere qualificato in termini di diritto assoluto intrinsecamente sufficiente a determinare la dichiarazione di illegittimità del provvedimento di demolizione.

4. Rapporto tra ordine di demolizione e diritto all'abitazione: quando può parlarsi di abuso di necessità

Al fine di rispondere a tale interrogativo, occorre evidentemente indagare il rapporto sussistente tra l'ordine di demolizione ed il diritto all'abitazione, nei casi in cui, come quello oggetto della pronuncia in commento, le parti intendano rimarcare la sussistenza di uno stato di necessità alla base della violazione edilizia posta in essere.

La premessa giuridica da cui partire è, come detto, la natura giuridica della sanzione amministrativa in oggetto, ovvero dalla sua riconosciuta finalità ripristinatoria (indirizzata ad assicurare la ricomposizione dell'originario assetto del territorio) e giammai punitiva (non costituente pena nel senso indicato dalla giurisprudenza della Corte EDU). Inoltre, il provvedimento di demolizione determina un obbligo di fare ed ha natura reale, nel senso che produce effetti sul soggetto che è in rapporto con il bene, indipendentemente dall'essere stato o meno quest'ultimo l'autore dell'abuso^[35].

Giova preliminarmente richiamare la sentenza delle Corte EDU, n. 46577 del 2015 che, ribadire l'esigenza di effettiva tutela del principio di proporzionalità^[36] nell'esercizio dell'azione sanzionatoria, introduce una questione di indubbio interesse: l'azionabilità della scriminante^[37] dello stato di necessità in relazione agli abusi edilizi posti in essere da parte di soggetti del tutto privi di idonee soluzioni abitative. La Corte EDU nella succitata

pronuncia ha, di fatto, sancito il principio secondo il quale il giudice dell'esecuzione, nell'emettere l'ordine di demolizione, deve valutare la proporzionalità della stessa rispetto allo scopo, nel caso in cui le opere illecite siano necessarie per esigenze abitative. La Corte EDU ha, in relazione al caso di specie, precisato la doverosità, a fronte dell'emanazione di misure invasive poste in essere a salvaguardia della legalità, di procedere ad una valutazione circa le condizioni economiche e personali in cui versano i soggetti destinatari delle stesse.

Alla luce della succitata pronuncia, il collegio ha ritenuto che l'ordine di demolizione posto in essere non fosse in contrasto con quanto stabilito dai giudici sovranazionali, osservando come in tema di reati edilizi non sia invocabile un diritto 'assoluto' all'abitazione, tale da precludere l'esecuzione dell'ordine di demolizione.

Come già osservato, ad avviso della giurisprudenza prevalente, il diritto all'abitazione deve necessariamente essere temperato, alla luce del succitato principio di proporzionalità, con l'obiettivo di ripristinare l'ordine giuridico violato dal comportamento dell'autore dell'abuso edilizio, e non può essere invocato con l'intento di dichiarare illegittimo, *sic et simpliciter*, l'ordine di demolizione, essendo lo stesso una doverosa espressione del diritto della collettività a rimuovere la lesione di un bene o interesse costituzionalmente tutelato[38].

Tale diritto, infatti, riconducibile agli articoli 2 e 3 Cost. e all'articolo 8 CEDU, non è tutelabile in termini assoluti e deve necessariamente essere temperato con gli altri valori di rango costituzionale come, ad esempio, l'ordinato sviluppo del territorio[39]. Il temperamento dei differenti interessi coinvolti e la riconducibilità del diritto all'abitazione nel catalogo dei diritti sociali[40] rende quanto mai opportuno comprendere in che modo il dovere dello Stato di intervenire per dare attuazione concreta ai precetti costituzionali possa dirsi adempiuto nel caso in cui i soggetti coinvolti invochino una violazione di tale diritto. Da un lato, il diritto all'abitazione nella sua più ampia accezione, e dall'altro, l'interesse pubblico connesso al ripristino dello *status quo ante*.

Partendo dal richiamato principio, ad avviso del quale non è giuridicamente apprezzabile una assoluta prevalenza del diritto all'abitazione sull'interesse pubblico a ristabilire l'ordine giuridico violato, è doveroso affermare la sussistenza del dovere dell'amministrazione di procedere ad una compiuta valutazione delle risultanze fattuali del caso concreto[41].

La fattispecie dello stato di necessità si connota per l'intima connessione causale tra due fatti giuridici: la "situazione di necessità" ed il "comportamento necessitato"[42] ed è doveroso comprendere in che misura le stesse si trovino in relazione per verificarne la sussistenza e l'azionabilità dello stesso come scriminante atta ad eliminare l'antigiuridicità di un determinato comportamento[43], valutazione da porre in essere ponderando in che misura gli interessi coinvolti siano in relazione nel caso concreto.

Giurisprudenza e letteratura si sono interrogati sul tema, al fine di individuare in che misura possa essere riconosciuta l'esimente dello stato di necessità in capo ai soggetti che vertano in una situazione di emergenza abitativa e siano destinatari di un ordine di demolizione.

Ci si è chiesti, in particolare, se tale riconoscimento possa trovare fondamento nel concetto di danno grave alla persona, secondo quanto previsto dall'articolo 54 c.p. e se allo stesso possano considerarsi connesse anche situazioni che solo indirettamente pongano in pericolo l'integrità fisica dei soggetti[44]. È nell'interpretazione più o meno rigorista del concetto di

danno grave alla persona che, ad avviso di parte della dottrina^[45] e di copiosa giurisprudenza^[46], è rinvenibile l'applicabilità dello stato di necessità, inteso in tutte le sue sfaccettature.

Il pericolo predetto, si rileva per alcuni nella minaccia di un danno grave alla persona, consistente nella lesione di un diritto non patrimoniale^[47], ma personale^[48], che comprende in sé non solo i beni della vita e dell'integrità fisica ma anche della personalità e della moralità; al contrario, per altri, tale danno non è riscontrabile in base ad una astratta valutazione della necessità connessa ai casi di bisogno economico^[49].

È opportuno chiedersi, dunque, se di tale pericolo possa essere delineata una cornice tale da consentirne una automatica applicazione, oppure se sia opportuno valutare compiutamente le circostanze fattuali delle differenti situazioni oggetto di analisi.

Il concetto di casa, connesso a quello di abitazione, ha valenza autonoma che non dipende necessariamente dalla classificazione che ne fa il diritto interno. Occorre al riguardo intendersi su cosa rende un luogo 'casa'^[50]; la classificazione del bene e la tutela dello stesso o le circostanze di fatto, i collegamenti continui con un luogo specifico la cui demolizione determinerebbe il venir meno di una condizione di sicurezza per un soggetto determinato^[51].

Come è noto, ampio margine di discrezionalità è riconosciuto all'autorità preposta a tale valutazione, che nell'esplicare la propria attività deve tener conto di una serie di fattori^[52]. Quando, come nel caso in esame, un'abitazione o una pertinenza di essa sia stata costruita senza alcun titolo abilitativo, in assenza dell'autorizzazione necessaria ai sensi della legislazione nazionale, vi è dunque un conflitto tra il diritto della persona al rispetto della propria casa, e il diritto degli altri membri della comunità alla tutela del corretto assetto di un determinato territorio^[53].

Un conflitto da cui deriva una interferenza, che determina la lesione di uno dei due beni di cui si chiede tutela, e al venire in essere della quale è lecito domandarsi se la stessa sia del tutto giustificata dall'esecuzione di un provvedimento venuto in essere per scopi di interesse pubblico.

Ciò a maggior ragione se si considera la difficile perimetrazione del riconoscimento del diritto all'abitazione, diritto ancora oggi dai confini indefiniti^[54]. Il diritto all'abitazione, infatti, è concepito come strumento indispensabile per consentire la concreta attuazione dei diritti fondamentali dell'individuo; la possibilità di fruire di una casa, ad esempio, rappresenta una garanzia di protezione della riservatezza dell'individuo, ma tale garanzia non è da sola elemento sufficiente a fondare lo stato di necessità.

Interessante è anche l'ermeneutica fornita in merito, dal giudice penale^[55] e dai richiami ulteriori dallo stesso delineati. E così non è legittimo invocare un diritto alla casa^[56] così come un generico diritto ad una vita sana o, ancor più in astratto, un diritto ad una vita privata e familiare. In particolare, il giudice di legittimità ha specificato che l'ordinamento, nel porre in essere l'ordine di demolizione non ha lo scopo di violare in astratto il diritto individuale di un soggetto, bensì quello di rimuovere la lesione di un bene costituzionalmente tutelato al pari del diritto all'abitazione.

Necessario è, dunque, valutare compiutamente le risultanze fattuali del caso concreto, nel rispetto dei principi e degli interessi coinvolti e tutelati tanto a livello nazionale quanto sovranazionale, tenuto conto dell'ingerenza che i provvedimenti ripristinatori in questione hanno sulla vita privata dei soggetti e della proporzionalità degli stessi con il succitato scopo di tutelare l'assetto urbanistico territoriale.

5. Conclusioni

La caratterizzazione della natura giuridica dell'ordine di demolizione^[57] ha messo in luce come da tale provvedimento non solo derivi un obbligo di fare ma discenda altresì una incisione degli interessi del soggetto destinatario, producendo effetti nella sfera giuridica dello stesso. Ciò ha reso quanto mai opportuno comprendere in che termini il diritto del soggetto al mantenimento dell'abitazione oggetto dell'illecito potesse dirsi prevalente nell'ipotesi in cui l'immobile gravato fosse l'unico in possesso del destinatario del provvedimento.

La giurisprudenza sia nazionale che comunitaria ha, sostanzialmente, ridefinito la fattispecie. La natura ripristinatoria predetta, unitamente con la determinazione circa l'insussistenza di un obbligo motivazionale specifico nel caso in cui fosse decorso un certo arco di tempo tra la produzione dell'illecito ed il provvedimento hanno dato modo di rilevare l'insensibilità del provvedimento di demolizione al decorso del tempo, sottolineando l'infondatezza di qualsiasi determinazione circa il legittimo affidamento del privato che, all'esito dell'inerzia dell'amministrazione, avrebbe erroneamente radicato il proprio affidamento nel mantenimento della situazione di illiceità perpetrata.

In relazione a quanto detto, è stato più volte messo in evidenza un presunto contrasto con l'art 8 della CEDU per la sua finalità di tutela del singolo da indebite azioni dei pubblici poteri; contrasto questo che impone di valutare i caratteri di tale indebita ingerenza al fine di poterla, eventualmente, 'arginare', posto che il confine tra obblighi positivi e negativi posti a carico degli Stati contraenti, non si presta però ad una definizione univoca.

Nell'adempire ad entrambi gli obblighi, infatti, lo Stato deve trovare un giusto equilibrio tra i concorrenti interessi generali e particolari, nell'ambito del margine di apprezzamento che gli è conferito. Una procedura, questa, da esplicarsi equamente^[58], ricorrendo al principio di proporzionalità tra la misura posta in essere e lo scopo perseguito.

La Corte Edu, dunque, ha l'onere di verificare che le autorità statuali abbiano effettuato un corretto bilanciamento tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della collettività ed è forse per tale motivo che spesso, sul tema, viene richiamato tale bilanciamento, per comprendere in che misura l'operato concreto dell'amministrazione si sia svolto in ottemperanza dei principi comunitari. L'art. 8, però, come più volte specificato tanto dalla stessa Corte Edu quanto dalla Corte di Cassazione, non configura, in relazione all'abitazione, un diritto avente carattere 'assoluto', considerato, piuttosto, frutto di un ragionevole temperamento tra più interessi coesistenti concorrenti, ed è proprio questo che ne ha evidenziato non pochi profili problematici.

Al diritto all'abitazione inteso nella sua più ampia accezione, infatti, non è stata riconosciuta valenza di diritto assoluto, azionabile come metro idoneo a valutare in astratto l'illegittimità

del provvedimento di demolizione, ma un valore rinvenibile nella sua accezione di ‘diritto sociale’, da leggere in un bilanciamento con altri interessi giuridicamente rilevanti. Tali diritti, sostanziandosi in pretese all’ottenimento di prestazioni positive da parte dello Stato in materia sociale ed economica, vengono necessariamente ad essere condizionati, nella loro attuazione, dal bilanciamento con altri interessi tutelati dalla Costituzione.

Tale necessaria opera di bilanciamento presuppone però un’indubbia interferenza, intercorrente fra il diritto di un soggetto al mantenimento e alla tutela della propria abitazione e la necessità dell’ordine di demolizione emesso al fine di tutelare il corretto assetto del territorio e la legalità dello stesso.

Nel caso di specie, la questione confluisce nella doverosa attuazione da parte dell’amministrazione competente dell’obbligo di emanare un provvedimento di ripristino della legalità violata, più in particolare l’ordine di demolizione, nel caso in cui si accerti l’abusività *ab origine* di una determinata costruzione. Non si tratta quindi di interferenza tra due diritti ma tra un diritto ed un obbligo, quello statutale, di provvedere ad eliminare le improprie modifiche dell’assetto territoriale.

Ciò rende quanto mai opportuno comprendere il *discrimen* tra queste due posizioni e la *ratio* sottesa alla scelta, discrezionale, di azionare una tutela che sia aperta a riconoscere centralità alla situazione concreta. Una valutazione che tiene conto delle differenti situazioni coinvolte e non più incentrata sulla delimitazione di un contorno rigido come, forse, si era orientati a ritenere in precedenza.

Nell’ipotesi in cui le parti dichiarino la sussistenza di uno stato di necessità a fondamento del determinato abuso, l’amministrazione dovrà valutare compiutamente le risultanze fattuali al fine di giungere ad una determinazione sull’opportunità o meno di porre in essere l’azione ripristinatoria nel rispetto del principio di proporzionalità.

Proporzionalità e bilanciamento sono d’altronde concetti chiave del nostro sistema costituzionale, genesi di modelli giuridici e tecniche argomentative che, nel tempo, si sono occupati su vari livelli della protezione dei diritti dell’uomo. La proporzionalità, intesa nella sua più ampia accezione, trova applicazione in diversi ambiti del diritto; nel diritto costituzionale, ad esempio, è vincolo generale dell’attività legislativa nonché parametro di legittimità della legislazione statale; nel diritto amministrativo, invece, si pone come metro per rilevare i vizi dell’atto, spostando il focus sul rapporto amministrativo e mettendo in luce in canone della ragionevolezza dell’azione amministrativa^[59]. Così anche nell’ordinamento dell’unione europea la proporzionalità è divenuta nel tempo criterio di interesse generale, avente una propria autonomia ed idoneo a delimitare le libertà in modo che vi fosse un concreto bilanciamento tra le diverse posizioni tutelate.

Nel contesto del sistema convenzionale, il principio di proporzionalità non ha assunto un ruolo di ‘barriera’^[60] quanto piuttosto di clausola limitativa di specifici diritti garantiti dalla Cedu. E forse, proprio per tale motivo, il presunto contrasto con la disciplina della Corte Edu è stato più volte rimarcato in tema di ordine di demolizione.

L’azione dei pubblici poteri, infatti, è tenuta al rispetto della legge ma la sua attuazione è da operarsi nel doveroso bilanciamento dei differenti interessi coinvolti, e ciò diviene ancor più

pregnante, nel caso in cui vi sia da disporre un provvedimento che si assuma essere di gravità tale da poter compromettere la vita del soggetto destinatario.

Il principio di proporzionalità, dunque, riconosciuto e tutelato tanto a livello nazionale quanto comunitario, deve orientare il provvedimento amministrativo, che sarà ritenuto legittimamente emesso, appunto, nella misura in cui si ritenga essere proporzionale, all'esito di una compiuta istruttoria del caso concreto, alla funzione che intende perseguire.

In tema d'illeciti edilizi il concetto di proporzionalità è stato individuato dalla giurisprudenza interna, prima, e da quella convenzionale, poi, come rilevante, quale punto di equilibrio tra la legittima pretesa dell'ordinamento di rimuovere ciò che ha leso l'interesse pubblico e la rilevanza che determinate condizioni oggettive o soggettive possano assumere come limitazione alla pretesa azionata.

Il principio assume rilievo solo quando venga in gioco il diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio di una persona e non anche quando venga invocato un generico diritto alla tutela della proprietà. Ne consegue, dunque, che il rispetto del principio di proporzionalità è configurabile esclusivamente in relazione ad un immobile che sia destinato ad abituale abitazione della dimora.

Tuttavia, tale assunto, finisce per essere foriero di non pochi dubbi interpretativi, terreno fertile per il proliferarsi di differenti argomentazioni. Il principio di proporzionalità, da leggere nella sua dimensione procedurale e sostanziale, si rende applicabile, in relazione alle misure ripristinatorie, nella misura in cui sussistano determinate condizioni di emergenza, dai contorni ampi e senza dubbio non facilmente individuabili, lasciando uno spazio aperto ad incertezze probatorie e continue rideterminazioni.

[1] Sul diritto all'abitazione, *ex multis*: F. BESTAGNO, *La dimensione sociale dell'abitazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2009; G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di) *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, 2009. G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilastr europeo dei diritti sociali*, in *Federalismi.it*, 4/2018, 184 ss.; P. VIPIANA, *La tutela del diritto all'abitazione a livello regionale*, in *Federalismi.it*, 10/2014, 1 ss.; P. LOMBARDI, *Riflessioni sul diritto all'abitazione tra Carta sociale europea, Corte costituzionale e PNRR*, in *Federalismi.it*, 7/2022.

[2] T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 22.02.2010 n.860. Il decorso del tempo, lungi dal radicare in qualche misura la posizione giuridica dell'interessato, rafforza piuttosto il carattere abusivo dell'intervento (in tal senso – *ex multis* -: Cons. Stato, sez. VI, 27.3.2017, n. 1386; *id.*, sez. VI, 6.3.2017, n. 1060).

[3] “Non sarebbe in alcun modo concepibile l'idea stessa di connettere al decorso del tempo e all'inerzia dell'amministrazione la sostanziale perdita del potere di contrastare il grave fenomeno dell'abusivismo edilizio, ovvero di legittimare in qualche misura l'edificazione avvenuta senza titolo, non emergendo oltretutto alcuna possibile giustificazione normativa a una siffatta – e inammissibile – forma di sanatoria automatica o *praeter legem*” in tal senso: Cons. Stato, Adunanza Plenaria sentenza n. 9/2017. Nel caso in cui l'Amministrazione adotti un ordine di demolizione di opere abusive a notevole distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, sostanziandosi in un atto di natura vincolata non è richiesta alcuna specifica motivazione circa la sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'irrogazione della sanzione in questione, non potendosi ritenere sussistente alcuna posizione di affidamento meritevole di tutela in capo al privato in ragione della prolungata inerzia della pubblica amministrazione.

[4] “L'ordinanza di demolizione, in quanto atto ad adozione e contenuti vincolati, non abbisogna ... nemmeno della valutazione di un affidamento alla conservazione della situazione di fatto, che il decorso del tempo non potrebbe mai

legittimare” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 04.01.2021, n. 12; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 1.10.2020 n. 679); “il lungo tempo trascorso dalla realizzazione dell’opera abusiva non è idoneo a radicare in capo al privato interessato alcun legittimo affidamento in ordine alla conservazione di una situazione di fatto illecita” (Cons. Stato, sez. V, 26.02.2021, n. 1637). In termini v. anche T.A.R. Campania Napoli, Sez. II, 9.5.2019, n. 2500.

[5] In tal senso: Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 20.5.2020, n. 325.

[6] Cass. pen., sez. III, 05.12.2016, n. 51709; Corte EDU, 29.10.2013, Varvara c. Italia; Corte EDU, 20 gennaio 2009, Sud Fondi c/ Italia.

[7] *Ex multis*: Cass. pen., 20.5.2014, n.20636; Id., 5.3.2008, n.9982. Ad avviso di tale orientamento alla confisca era attribuibile natura di sanzione amministrativa corrispondente all’illecito posto in essere, la lottizzazione abusiva.

[8] In tal senso, *ex multis*: T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 9.12.2020, n. 5940.

[9] Sulla funzione esecutiva della pubblica amministrazione, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, prolusione al corso di diritto amministrativo del 1951 presso la Facoltà di Scienze Politiche dell’università di Padova, 123: “Nel parlare di funzione esecutiva, o anche amministrativa non s’ intende riferirsi a ciò che fa l’amministrazione nel concretare il potere di una norma in un atto o questo stesso concretarsi del potere nel singolo atto: ci si riferisce invece alla serie di atti emanati da un soggetto o da un organo di amministrazione, in relazione al loro fine o al loro risultato; ovvero ci si riferisce alla capacità di quel soggetto o alla competenza di quell’organo in relazione agli atti e quindi al loro risultato. Si accetta cioè il significato empirico dell’espressione “funzione” e vi si attribuisce ora un valore oggettivo, ora un valore soggettivo”.

[10] In tal senso: F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino 2017; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.

[11] P. TANDA, *La rilevanza del decorso del tempo sugli illeciti urbanistico-edilizi tra tutela del territorio ed esigenze processuali*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 6, 2018, 1707 ss.

[12] In tal senso, *ex multis*: T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 17.6.2008, n. 2045; Cons. Stato, 28.12.2012, n.6702; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 19.2.2009, n. 1318; Cons. Stato, 29.5.2006, n. 3270. “L’ordine di demolizione è da ritenersi adeguatamente esplicativo se contiene, l’esatta descrizione delle opere abusive attraverso il confronto con quelle autorizzate, tanto più che, come sopra evidenziato, da questo è dato agevolmente inferire la sussistenza della fattispecie della totale difformità” cfr. Cons. Stato, n. 5921/2021. *Ex multis*: Cons. Stato, 6.09.2017 n. 4243 e Cons. Stato, 6.12. 2019 n. 6055 ad avviso del quale “l’ordine di demolizione è atto vincolato che non richiede una specifica ponderazione di particolari ragioni di interesse pubblico, né comporta la necessità di una comparazione con gli interessi privati coinvolti e sacrificati”.

[13] Il richiamo di tale principio, infatti, se ritenuto sussumibile e declinabile nella buona fede oggettiva, appare improprio di fronte a vicende che traggono origine da una consapevole violazione della materia urbanistica. E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 173 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, 2014.

[14] Cons. Stato, sez. V, 25.6.2002, n. 3443; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 23.4.2001, n. 183; Cons. Stato, sez. V, 19.3.1999 n. 286; Cons. Stato, sez. V, 29.5.2006, n. 3270.

[15] Tale sentenza, recependo l’indirizzo maggioritario che ritiene legittima l’ordinanza di demolizione di un manufatto abusivo adottata a distanza di un notevole lasso temporale intercorso tra commissione dell’abuso anche in assenza di specifica motivazione, esclude la sussistenza di ogni legittimo affidamento in capo al responsabile dell’abuso; P. TANDA, *La rilevanza del decorso del tempo sugli illeciti urbanistico-edilizi tra tutela del territorio ed esigenze processuali, nota a cassazione penale*, cit.

[16] Differente sarebbe il caso in cui l’amministrazione procedesse ad un tardivo rinvio in autotutela di un titolo edilizio adottato ovvero del provvedimento in sanatoria rilasciato, in tal caso il legittimo affidamento risulterebbe sussistente e di conseguenza anche l’onere motivazionale in capo all’amministrazione.

[17] Corte europea dei diritti dell’uomo, 21 aprile 2016, ric. n. 46577/15.

[18] Sul tema, *ex multis*, Cass. pen, 4.10.2016, n. 41475: “l’ordine di demolizione dell’opera abusiva, disciplinato dagli articoli 27 e ss. del Testo Unico Edilizia (d.lgs. 380/2001) si qualifica in termini di sanzione amministrativa, non essendo ad esso

pertinenti gli indici sintomatici della natura di norma ontologicamente penale elaborati dalla Corte EDU; pertanto non può applicarsi analogicamente all'istituto l'art. 173 c.p., che disciplina la prescrizione dell'arresto e dell'ammenda, né sotto il profilo dell'analogia legis, né sotto quello dell'analogia iuris".

[19] *Ex multis*: Cons. Stato, 13.5.2016, n. 1948; Id., 5.5.2016, n. 1774.

[20] Cost. Belgio (1994) art. 23, comma 3, n. 3) che elenca fra i diritti sociali «il diritto ad un'abitazione decorosa»; Cost. Portogallo (1974) art. 65, comma 1 che attribuisce a tutti il «diritto ad una abitazione di dimensione adeguata, in condizioni di igiene e comodità e che preservi l'intimità personale e la riservatezza familiare» e comma 2, che demanda allo Stato, anche in collaborazione con gli enti locali, una serie di compiti per «assicurare il diritto all'abitazione»; Cost. Spagna (1978) art. 47 il quale prevede che «tutti gli spagnoli hanno diritto a un'abitazione decorosa e adeguata» e che «i poteri pubblici si adopereranno per creare le condizioni necessarie e fisseranno le relative norme per rendere effettivo questo diritto».

[21] Sul tema, P. VIPIANA, *La tutela del diritto all'abitazione a livello regionale*, in *Federalismi.it*, 10/2014, 1 ss.

[22] F. BESTAGNO, *La dimensione sociale dell'abitazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. VENTURINI — S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, 2009, 19 ss.

[23] La Corte costituzionale, nella sentenza n. 217 del 1988 afferma che «Il “diritto all'abitazione” rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la società cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione».

[24] Tali diritti emergono, come noto, nel XX secolo, in occasione dell'affermazione dello stato sociale e delle democrazie popolari, con la relativa individuazione dei diritti economici, sociali e culturali, orientati a promuovere il principio di eguaglianza sostanziale tra i cittadini. I diritti di seconda generazione trovano il loro nucleo principale dalla richiesta dei cittadini allo stato relativa alla soddisfazione dei loro bisogni (in cambio di un'adeguata tassazione). Sulla tematica, fondamentale è il contributo di N. BOBBIO *L'età dei diritti*, Torino 1997.

[25] Si definisce tale una norma che non intende fare riferimento a una serie tassativa, determinata e chiusa di diritti, la quale non potrebbe essere ampliata o modificata se non con legge costituzionale, ma che postulerebbe la possibilità di ricomprendere nella stessa ogni diritto che potesse ritenersi “inviolabile” in considerazione dell'evoluzione storica”. S. RUSTICELLI, *I diritti inviolabili riconosciuti dalla Costituzione, fattispecie aperta o chiusa? L'annoso dibattito* in: *www.iuribus.com*. Sulla tematica, in termini più ampi, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, parte generale*, Padova, 1990.

[26] Cfr. Corte. cost. nn. 404 del 1988 e 209 del 2009. In dottrina, con divergenti posizioni, cfr. A. PACE, *Il convivente more uxorio, il «separato in casa» e il c.d. diritto «fondamentale» all'abitazione*, in *Giur. cost.*, 1988, 1801 ss.; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

[27] Un diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà, attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie, di cui l'apparato dispone.

[28] Il diritto all'abitazione, nella specie, sarebbe condizionato nel senso che richiede un'attività erogatrice delle prestazioni che deve necessariamente contemperarsi con le esigenze del bilancio statale. Sul tema: F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995.

[29] “La necessità di bilanciare principi o diritti costituzionali ha come presupposto il fatto che principi o diritti confliggano, ossia una situazione in cui due o più diritti non possono essere soddisfatti contemporaneamente”, G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica*, 2006, 1 ss.

[30] L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, 15; Id. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, in F. PALLANTE, *Il problema costituzionale dell'attuazione dei diritti sociali (con particolare riguardo al diritto all'abitazione)*.

[31] Con la pronuncia n. 416 del 1995 e già prima con la sentenza n. 369 del 1988, la Corte ha svolto alcune considerazioni di carattere generale sull'ammissibilità della sanatoria edilizia che hanno poi trovato notevole sviluppo nella giurisprudenza successiva alla riforma del Titolo V della Costituzione. Essa infatti, dopo aver sancito la sostanziale legittimità dell'intervento, precisa che “ben diversa sarebbe [...] la situazione in caso di altra reiterazione di una norma del genere” e “conseguentemente differenti sarebbero i risultati della valutazione sul piano della ragionevolezza, venendo meno il carattere contingente e del tutto eccezionale della norma [...] in relazione ai valori in gioco, non solo sotto il profilo della esigenza di repressione dei comportamenti che il legislatore considera illegali e di cui mantiene la sanzionabilità in via amministrativa e

penale, ma soprattutto sotto il profilo della tutela del territorio e del correlato ambiente in cui vive l'uomo. La gestione del territorio sulla base di una necessaria programmazione sarebbe certamente compromessa sul piano della ragionevolezza da una ciclica o ricorrente possibilità di condono- sanatoria con conseguente convinzione di impunità, tanto più che l'abusivismo edilizio comporta effetti permanenti (qualora non segua la demolizione o la rimessa in pristino), di modo che il semplice pagamento di oblazione non restaura mai l'ordine giuridico violato, qualora non comporti la perdita del bene abusivo o del suo equivalente almeno approssimativo sul piano patrimoniale". D. BALDAZZI, *focus sulla giurisprudenza costituzionale in materia di condono edilizio*, consultabile in: <https://www.regione.emilia-romagna.it/>

[32] Corte. Cost., 5.5.1994, n. 169.

[33] La Corte con sentenza n. 169 del 1994 ha affermato che "alla stregua di un'interpretazione conforme a Costituzione, che l'atto di concessione del diritto di abitazione è provvedimento discrezionale, sia relativamente all'an (il sindaco può concedere solo se ricorre l'interesse pubblico primario sotteso all'intera legge regionale, nel senso che sussista l'esigenza di assicurare l'abitazione a chi ne ha bisogno, in considerazione del reddito, delle condizioni di vita, etc.), sia relativamente al quid (il diritto di abitazione può essere concesso solo se l'opera abusiva costituisca già l'effettiva dimora del richiedente e del suo nucleo familiare, proporzionata a quelle esigenze minime rispetto a una vita dignitosa dell'effettivo nucleo familiare, garantite dalla Costituzione e dalla legislazione ordinaria sull'edilizia residenziale pubblica)... il diritto di abitazione non può essere concesso relativamente a edifici aventi caratteristiche di abitazione di lusso o di "seconda casa": in questi casi, infatti, si esorbiterebbe dall'interesse pubblico (costituzionalmente tutelato) che presiede al provvedimento del sindaco, diretto a soddisfare un'esigenza abitativa primaria, riferibile soltanto ai bisognosi (chi non ha altra casa) e nei limiti di tale diritto sociale (necessità di assicurare un livello di vita che non sia inferiore a quello di una "vita dignitosa"). Nel complesso, dunque, il secondo comma dell'art. 4 - chiarite queste premesse interpretative e ferme le declaratorie di illegittimità di cui infra - contiene un bilanciamento non irrazionale (nell'ambito del potere che ogni comune ha di utilizzare opere abusive non demolite a fini di soddisfazione dei bisogni di edilizia residenziale pubblica) tra l'esigenza di disciplinare il grave problema dell'abusivismo edilizio e l'esigenza (di rilievo anche costituzionale: v. sentenza n. 49 del 1987) di assicurare un'abitazione ai bisognosi".

[34] Corte. Cost. 17.2.1987, n. 49.

[35] P. TANDA, *Le conseguenze della natura giuridica di sanzione amministrativa dell'ordine di demolizione di cui all'art. 31, comma 9, t.u.e. in Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 3, 2016, 307 ss. Sul punto, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 30.06.2017, n. 3210, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 29.4.2021, n. 2835; id., 22.3.2021, n. 1896.

[36] Secondo la Corte EDU, infatti, poiché la perdita della casa di abitazione costituisce la forma più grave ed estrema di ingerenza statale nel diritto al rispetto della propria abitazione "gli Stati contraenti sono tenuti ad assicurare un esame giudiziale della complessiva proporzionalità di misure così invasive, come la demolizione della propria abitazione, e a riconsiderare l'ordine di demolizione della casa abitata dai ricorrenti alla luce delle condizioni personali degli stessi, che vi vivevano da anni e avevano risorse economiche limitate"- Corte EDU 21/4/2016 Ivanova And Cherkezev Vs Bulgaria.

[37] In diritto penale la scriminante dello stato di necessità è disciplinata dall'art. 54 c.p., che afferma: "Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo...". *La ratio legis* dello stato di necessità come scriminante trova attuazione nel rispetto del principio del bilanciamento degli interessi, in cui uno di essi viene considerato prevalente rispetto agli altri e perciò la condotta, qualora integri tutti i requisiti richiesti dalla norma, non sarà punibile. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018.

[38] In tal senso T.A.R. Lazio, Roma, 3.5.2021, n. 5097 : "l'ordine di demolizione di un immobile abusivo non contrasta con il diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio di cui all'art. 8 CEDU, neanche nell'ipotesi in cui l'ordine di demolizione dell'abuso edilizio riguardi un immobile costituente l'unica abitazione del contravventore e quest'ultimo sia un soggetto in età avanzata e si trovi in precarie condizioni reddituali, qualora la situazione personale del destinatario dell'ordine demolitorio non assuma un peso determinante a fronte della consapevole realizzazione della costruzione edilizia in un'area vincolata paesaggisticamente, in assenza di qualsivoglia autorizzazione, dovendo ritenersi la demolizione frutto di un'adeguata valutazione della necessità e proporzionalità da parte delle autorità nazionali nel dare prevalenza all'interesse pubblico generale presidiato dalle norme urbanistiche e paesaggistiche".

[39] A. SCARCELLA, *Sul bilanciamento operato dalla corte di Strasburgo fra l'interesse generale alla protezione dell'ambiente e del paesaggio e l'ordine di demolizione di un manufatto abusivo quando l'immobile costituisca l'unica abitazione del proprietario*, in *Cass. pen.*, 1/2021, 359 ss.

[40] Sui diritti sociali: C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000; P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *Federalismi*, 2018; A. BALDASSARRE, *Diritti Sociali*, in *Enciclopedia Giuridica*, XI, Roma, 1989. M. BENVENUTI, *I diritti sociali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2012.

[41] L'eventuale violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, va verificata sotto il profilo della proporzionalità dell'ordine di demolizione rispetto alle condizioni personali e familiari dei destinatari della sanzione. Sul tema, *ex multis*: Cass. pen., 20.08.2019, n. 36257; Cass. pen., 13.01.2020, n. 844.

[42] S. PORRECA, *L'occupazione di alloggio pubblico non è abusiva se c'è lo stato di necessità*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 9, 2008, 1885.

[43] La Cass. pen., con la sentenza n. 7183 del 2008 ha escluso l'operatività dell'esimente essendo stato accertato un mero stato di disagio abitativo, ma non quella urgenza assoluta ed improrogabile di procurarsi un alloggio che, sola, avrebbe potuto necessitare l'occupazione.

[44] A. MEREU, *La configurabilità dello stato di necessità nelle ipotesi problematiche di necessità economica e abitativa*, in *Cass. pen.*, 3, 2008, 1024 ss.

[45] Per un'analisi approfondita della problematica cfr: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2019; F. VIGANO', *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

[46] Sul tema, *ex multis*, Cass., 26.9.2007, n. 35580; Cass. pen., 1.2.2012, n. 4292; Cass. pen., 2.7.2015, n. 28067.

[47] Per una compiuta analisi della categoria "diritto non patrimoniale", è interessante ricordare il difficile cammino del "danno non patrimoniale" e l'incidenza che su di questa ha avuto la giurisprudenza di legittimità. In ragione di questa viene in rilievo la lesione di un interesse protetto dall'ordinamento ed avente ad oggetto utilità per le quali non sussiste un mercato. Lo stesso, definito come danno "determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica" (Cass. Sez. Un. n. 26972 del 2008), va inteso come categoria generale che attiene alla lesione di interessi inerenti la persona, non connotati da valore di scambio; ha quindi natura composita e si articola in una pluralità di aspetti (o voci), con funzione meramente descrittiva, quali ad esempio il danno biologico, il danno morale, il danno da perdita del bene vita, la perdita di chances ed il danno da mancato raggiungimento del risultato.

[48] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007.

[49] T. PADOVANI, *Invasione di edifici e stato di necessità*, in *Arch. Pen.*, 1970, II, 426 ss., A. MEREU, *La configurabilità dello stato di necessità nelle ipotesi problematiche di necessità economica e abitativa*, cit.

[50] Interessanti sono gli arresti della Corte Costituzionale sul tema, che hanno, nel tempo, evidenziato le peculiarità e le criticità, per certi versi, nell'opera di riconoscimento di tale diritto. Con la sentenza n. 168 del 1971 nella quale la Corte ha evidenziato che "i diritti primari e fondamentali dell'uomo diverrebbero illusori per tutti, se ciascuno potesse esercitarli fuori dall'ambito della legge, della civile regolamentazione, del costume corrente, per cui tali diritti devono venir contemplati con le esigenze di una tollerabile convivenza"; la sentenza n. 217 del 1988 ha affermato la rilevanza costituzionale del diritto all'abitazione, riconoscendolo come diritto sociale fondamentale collegato all'universale principio della dignità umana e facendolo rientrare tra "i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione"; nella sentenza n. 252 del 1989, confermata dalla sentenza 121 del 1996, si legge che "come ogni altro diritto sociale, anche quello all'abitazione, è diritto che tende ad essere realizzato in proporzione alle risorse della collettività; solo il legislatore, misurando le effettive disponibilità e gli interessi con esse gradualmente soddisfatti, può razionalmente provvedere a rapportare mezzi a fini, e costruire puntuali fattispecie giustiziabili espressione di tali diritti fondamentali". La disciplina costituzionale dei diritti di proprietà, indirizzando l'intervento del legislatore in chiave di conformazione della disciplina dei beni al fine di "assicurarne la funzione sociale" e di rendere la proprietà "accessibile a tutti", ne orienta gli sviluppi in chiave di realizzazione del programma costituzionale di attuazione dell'eguaglianza sostanziale, in un contesto ordinamentale che, tenendo conto della complessità economico-sociale, aspira ad una equilibrata composizione legislativa degli interessi dei consociati (F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011). Si veda anche sul tema M. MEZZANOTTE, *Quando la casa è un diritto*, in *Forum Quad. cost.*, 2009, 1 ss.

[51] A. SCARCELLA, *Sul bilanciamento operato dalla corte di Strasburgo fra l'interesse generale alla protezione dell'ambiente e del paesaggio e l'ordine di demolizione di un manufatto abusivo quando l'immobile costituisca l'unica abitazione del proprietario*, cit.

[52] Corte Edu, 17.10.2013, *Winterstein e altri c. Francia* - partendo dal presupposto che tale interferenza fosse prevista dalla legge e volta a perseguire scopi legittimi, inclusa la tutela della sicurezza e della salute pubblica, è risultato dirimente stabilire

se essa potesse definirsi anche necessaria in una società democratica alla luce della condizione di particolare vulnerabilità riconosciuta a taluni soggetti.

[53] A. SCARCELLA, *Sul bilanciamento operato dalla corte di Strasburgo fra l'interesse generale alla protezione dell'ambiente e del paesaggio e l'ordine di demolizione di un manufatto abusivo quando l'immobile costituisca l'unica abitazione del proprietario*, cit.

[54] A. MEREU, *La configurabilità dello stato di necessità nelle ipotesi problematiche di necessità economica e abitativa*, cit.

[55] Cass. pen., 17.09.2021, n.34607.

[56] "Dal carattere troppo ampio da essere potenzialmente idoneo a superare e vanificare ogni prescrizione amministrativa": Cass. Pen., n.34607/2021.

[57] Per tali sue caratteristiche la demolizione non può ritenersi una "pena" nel senso individuato dalla giurisprudenza della Corte EDU e non è soggetta alla prescrizione stabilita dall'art. 173 c.p. (Sez. 3 n. 49331 del 10.11.2015, RV 265540).

[58] A. SCARCELLA, *Sul bilanciamento operato dalla corte di Strasburgo fra l'interesse generale alla protezione dell'ambiente e del paesaggio e l'ordine di demolizione di un manufatto abusivo quando l'immobile costituisca l'unica abitazione del proprietario*, cit., 359.

[59] G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista AIC*, 2017, 2 ss.

[60] G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, cit., 13.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2228 – 9 marzo 2022

L'interferenza delle regole del giudizio amministrativo impugnatorio sul giudizio di l.c. in via incidentale (nota a Corte cost., 21 dicembre 2021, n. 248)

di Flaminia Aperio Bella e Alessandra Coiante[1]

Sommario: 1.Premessa: la vicenda e la rimessione alla Corte costituzionale - 2. La dichiarazione di inammissibilità per insufficiente motivazione in punto di rilevanza - 3. Il potere del giudice di sollevare *ex officio* questioni di legittimità costituzionale e le peculiarità del processo amministrativo - 4. La distinzione tra atto meramente confermativo e conferma propria e i riflessi sugli oneri deduttivi del ricorrente - 5. Riflessioni conclusive: alla ricerca di un equilibrio tra oneri deduttivi e rilevanza d'ufficio della q.l.c.

1. Premessa: la vicenda e la rimessione alla Corte costituzionale

Nella pronuncia che si annota la Corte costituzionale, nel dichiarare inammissibile, per insufficiente motivazione in punto di rilevanza, la q.l.c. dell'art 2, co. 9, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) nella parte in cui subordina la proposizione delle azioni civili nei confronti dei commissari straordinari delle banche alla previa autorizzazione della Banca d'Italia, formula alcune interessanti considerazioni sul rapporto tra atti meramente confermativi e atti di conferma, soffermandosi sugli oneri deduttivi gravanti sul ricorrente a fronte di questi ultimi e giungendo a conclusioni che producono specifici riflessi sul rapporto tra giudizio amministrativo e giudizio costituzionale con particolare riferimento al tema della rimessione d'ufficio, da parte del giudice amministrativo, di questioni di legittimità costituzionale.

La questione sottoposta all'attenzione della Corte trae origine dall'impugnazione – davanti al TAR rimettente (TAR Lazio, Roma, sez. II *bis*, 10 febbraio 2020, n. 1770) – di due provvedimenti con cui il Governatore della Banca d'Italia aveva negato al ricorrente l'autorizzazione a procedere, richiesta ai sensi del citato art. 72, comma 9, t.u.b., nei confronti di alcuni commissari straordinari nominati dalla stessa Banca.

In particolare, con il ricorso introduttivo, il ricorrente chiedeva l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, del provvedimento con cui era stata negata l'autorizzazione, prospettando, altresì, profili di illegittimità costituzionale della suddetta disposizione.

La ricorrente, vedendosi poi respinta l'istanza cautelare, proponeva appello al Consiglio di Stato che, invece, con *remand* cautelare, ordinava alla Banca d'Italia il “*pronto riesame*” dell'istanza di autorizzazione rivoltale, alla luce dei motivi illustrati nel ricorso. Insorgendo con motivi aggiunti contro il provvedimento con cui la Banca d'Italia confermava il diniego, la ricorrente riproduceva solo in parte i motivi originari, e in particolare non riproponeva la censura di illegittimità costituzionale, incentrando le proprie contestazioni sulla violazione di legge (compresa quella dell'art 72, co. 9 cit.) l'eccesso di potere, e l'elusione dell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato.

Il TAR, esaminando il merito della questione, rigettava sia il ricorso originario che il motivo aggiunto con sentenza parziale diffusamente motivata; tuttavia, ritenendo meritevoli di “favorevole apprezzamento” le questioni di compatibilità costituzionale prospettate dalla ricorrente, sollevava contestualmente q.l.c. del richiamato art. 72, co. 9 in riferimento agli artt. 3, 24, 28, 47, 97, 101, 102, 103, 111, 113 e 117, comma 1, Cost.. Argomentando in punto di rilevanza, il giudice *a quo* evidenziava che gli atti impugnati «*costituirebbero applicazione diretta della norma sospettata di illegittimità costituzionale*» e, stante l'infondatezza delle altre censure, «*l'accoglimento del gravame potrebbe derivare esclusivamente dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma denunciata*», per caducazione della fonte normativa presupposta e conseguente illegittimità derivata degli atti impugnati.

2. La dichiarazione di inammissibilità per insufficiente motivazione in punto di rilevanza

In via preliminare, la Corte si sofferma sulla questione dell'ammissibilità della q.l.c. sollevata con sentenza parziale, rilevando che, per costante giurisprudenza della stessa Corte^[2], l'utilizzo della forma della sentenza parziale (o non definitiva), in luogo dell'ordinanza, come atto di instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale, non influisce di per sé sull'ammissibilità delle questioni con essa proposte, sempre che il giudice *a quo*, indipendentemente dal *nomen iuris*, dopo la positiva valutazione concernente la rilevanza e la non manifesta infondatezza delle questioni stesse, da un lato, abbia disposto la sospensione del procedimento e la trasmissione del fascicolo, ai sensi dell'art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87 e, dall'altro, non abbia, con lo stesso provvedimento, definito integralmente il procedimento principale.

Quest'ultima eventualità, infatti, ha come conseguenza l'esaurimento della *potestas iudicandi* del giudice rimettente, situazione che osterebbe alla proposizione della questione di legittimità costituzionale in via incidentale.

Proprio su tale ultimo punto la Banca d'Italia, costituita in giudizio, eccepiva che il TAR, essendosi già pronunciato con sentenza sulla legittimità di entrambi i provvedimenti impugnati, avrebbe già fatto applicazione della norma censurata, consumando così il proprio potere decisorio e rendendo la proposizione delle questioni inammissibile per difetto di rilevanza.

La Corte ha tuttavia dichiarato le questioni inammissibili per ragioni *“parzialmente diverse e più articolate di quelle prospettate dalla parte costituita”*.

In primo luogo, la Consulta ha analizzato il rapporto intercorrente tra i due provvedimenti di diniego e le censure sollevate avverso gli stessi nel procedimento principale.

Contro il primo provvedimento, infatti, la parte ricorrente avrebbe dedotto motivi volti a contestare, sia il *“cattivo esercizio”* del potere di autorizzazione da parte della Banca d'Italia (sotto i profili della violazione di legge e dell'eccesso di potere), sia *“l'esistenza stessa del potere”*, deducendo anche l'illegittimità costituzionale della norma che lo conferisce. Contro il secondo e nuovo provvedimento di diniego, invece, la ricorrente riproponeva la censura di violazione di legge ed eccesso di potere, ma non quella di illegittimità costituzionale della norma attributiva del potere, in luogo della quale veniva lamentata l'elusione dell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato. Da ciò emergerebbe, nelle parole della Corte, la mancanza di *“un autonomo motivo volto a denunciare un vizio di “illegittimità derivata”, scaturente dalla contrarietà a Costituzione della norma di cui il provvedimento stesso ha fatto applicazione”*.

Proseguendo la propria argomentazione, la Consulta ha cura di precisare che, nell'ipotesi in cui nel giudizio *a quo* si fosse discusso esclusivamente del primo provvedimento, *“sarebbe agevole osservare che la circostanza che il rimettente abbia negato, con sentenza, il “cattivo esercizio” del potere non escluderebbe che gli resti, comunque sia, da decidere sul motivo relativo all'esistenza del potere: prospettiva nella quale la potestas iudicandi del giudice a quo – contrariamente a quanto sostenuto dalla Banca d'Italia – non risulterebbe esaurita”*. La presenza del secondo provvedimento di diniego, tuttavia, impedirebbe di poter concludere in tal senso.

Il TAR rimettente, infatti, avrebbe errato nel non chiarire se il secondo provvedimento avesse natura di atto meramente confermativo – con il quale la p.A. si limita semplicemente a ribadire la volontà espressa in un precedente provvedimento – ovvero di conferma in senso proprio, atto che, invece, va a sostituire *in toto* il provvedimento originario.

Poiché, secondo la Corte, nel caso di specie si verserebbe nella seconda ipotesi, con conseguente integrale sostituzione del primo provvedimento, il TAR si sarebbe dovuto occupare dei soli motivi proposti avverso il secondo provvedimento, non comprensivi della denuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 79, co. 9, t.u.b. e dichiarati comunque non fondati con sentenza parziale. Tale ultima evenienza avrebbe pertanto portato all'esaurimento *“del potere decisorio del rimettente, il quale, non avendo più alcunché su cui pronunciare, non potrebbe sollevare ormai le questioni neppure d'ufficio”*.

Di conseguenza, il giudice *a quo* avrebbe dovuto motivare, in sede di rilevanza, perché sarebbe stato ancora tenuto ad occuparsi – anche dopo la pronuncia di merito emessa – dell'originario secondo motivo di ricorso contro il primo provvedimento di diniego (unico motivo teso a far valere un vizio di *“illegittimità derivata”*). Tale lacuna si è invece tradotta

“in una insufficiente motivazione in punto di rilevanza” che ha portato la Corte a dichiarare inammissibili le questioni così sollevate.

3. Il potere del giudice di sollevare *ex officio* questioni di legittimità costituzionale e le peculiarità del processo amministrativo

La pronuncia in commento riporta alla luce alcune questioni di particolare rilievo legate al rapporto tra il processo amministrativo, tradizionalmente considerato di tipo impugnatorio, e la possibilità per il giudice amministrativo di proporre d'ufficio questioni di legittimità costituzionale.

Non solo. Nel caso di specie, la problematicità della relazione tra giudizio amministrativo e giudizio di l.c. in via incidentale si è poi intrecciata con l'ulteriore questione della consumazione del potere decisorio del giudice rimettente, discesa da una certa lettura degli oneri deduttivi gravanti sul ricorrente nel caso di impugnazione di atti di conferma c.d. in senso proprio.

Occorre, dunque, ripercorrere le richiamate tematiche al fine di verificare se i nodi posti dalla fattispecie ricordata e sciolti dalla Consulta si prestassero o meno a soluzioni alternative.

Come noto, secondo quanto stabilito dall'art. 1 l. cost. n. 1/1948 (del quale l'art. 23, comma 3, l. 87/1953 costituisce “semplice reiterazione”)[3], le questioni di legittimità costituzionale in via incidentale possono essere sollevate su istanza di parte oppure rilevate d'ufficio dal giudice.

Tuttavia, la dottrina, già prima dell'inizio del funzionamento della Corte costituzionale, aveva iniziato a interrogarsi sui riflessi che la possibilità di rilevare *ex officio* una q.l.c. avrebbe potuto avere sul processo amministrativo, tradizionalmente di natura impugnatoria[4].

Nel processo civile, infatti, ove vige il principio del *iura novit curia* (art. 113 c.p.c.), il giudice, pur essendo vincolato all'allegazione dei fatti prospettati dalle parti nel rispetto del principio della domanda (art. 112 c.p.c.), può (*recte*: deve) provvedere alla corretta qualificazione giuridica della fattispecie, anche in difformità dalla qualificazione della domanda dedotta dalle parti[5].

Nel processo amministrativo, invece, vi è un affievolimento del principio del *iura novit curia* dal momento che il giudice non può conoscere se non dei vizi dell'atto dedotti dalle parti (il ricorrente principale e, eventualmente, il ricorrente incidentale) negli atti introduttivi (salvo il caso dei motivi aggiunti), risultando così vincolato alle norme di cui le parti deducono la violazione[6]. Tale vincolo ai vizi-motivi prospettati dalle parti affievolisce, senza dubbio, il potere da detenuto dal giudice amministrativo rispetto a quello, che spetta al giudice civile, di estrarre il fatto dedotto nella *causa petendi* e di ricondurlo a una fattispecie normativa differente da quella indicata dalle parti.

Questa peculiarità ha catalizzato le riflessioni di dottrina e giurisprudenza nello stabilire se e in che misura la natura impugnatoria del processo amministrativo, e il ricordato affievolimento del margine di manovra del giudice amministrativo rispetto alle disposizioni

oggetto del giudizio, potessero essere d'ostacolo alla proposizione d'ufficio di questioni di legittimità costituzionale.

Sul punto è intervenuta, sin da subito, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, stabilendo che il potere di rilievo *ex officio* di una q.l.c. è attribuito (anche) al giudice amministrativo da una norma costituzionale e il suo esercizio non può essere ostacolato dalla presenza di “*principi di legge ordinaria, secondo i quali il Consiglio di Stato può decidere solo sui motivi dedotti dal ricorrente*”^[7], precisando anche che il suddetto potere è stato “*conferito dalla norma costituzionale senza limitazione alcuna*” e può essere esercitato “*non solo per risolvere dubbi sulla giurisdizione o sui presupposti processuali, ma anche per risolvere quelli concernenti il merito della controversia, cioè la legittimità dell'atto impugnato*”.

Come osservato in dottrina^[8], a seguito di tale pronuncia, l'attenzione degli studiosi si è spostata sulla possibilità per il g.a. di sollevare d'ufficio una q.l.c. “*senza limitazione alcuna*”. Una prospettiva definita “più radicale”^[9] giungeva a una negazione del sollevamento *ex officio* della questione di costituzionalità nel giudizio amministrativo, imponendo che la rimessione alla Corte costituzionale fosse sempre subordinata a una specifica doglianza contenuta nel ricorso, poiché, diversamente, si sarebbe rischiato di minare l'integrità del principio dispositivo nel processo amministrativo^[10].

Altra parte della dottrina, accogliendo invece una prospettiva “più ragionevole”^[11], pur negando la necessità di specifici motivi di ricorso diretti a contestare la l.c. di una data norma come presupposto per l'attivazione del controllo di costituzionalità, ha comunque evidenziato l'esistenza di possibili problemi di armonizzazione e coordinamento tra la natura impugnatoria del giudizio amministrativo e la proposizione *ex officio* di questioni di legittimità costituzionale^[12].

Anche a fronte di queste frizioni interpretative, il giudice amministrativo, nel corso degli anni, ha riconosciuto la propria legittimazione a sollevare q.l.c. d'ufficio, tentando sempre di bilanciare tale potere officioso con la natura stessa del processo amministrativo.

Così se, da un lato, è stato affermato che l'interrogativo in questione costituisce una “*anacronistica problematicità*”^[13], dal momento che la l. cost. n. 1/1948, non prevede alcuna distinzione tra g.a. e g.o., e che “*il giudice amministrativo ha, come qualsiasi altra autorità giurisdizionale, il potere di sollevare di ufficio nel corso del giudizio la questione concernente la legittimità costituzionale della norma sulla cui applicazione si controverte*”^[14]; dall'altro è stato specificato che “*nel giudizio amministrativo la q.l.c. sollevabile d'ufficio è solo quella la cui fondatezza può essere rivista come rilevante in quanto strumentale alla positiva definizione delle censure concretamente svolte in ricorso, mentre non può investire aspetti ulteriori che non siano stati dedotti in controversia*”^[15].

Dunque, se è pacifico che il giudice amministrativo possa sollevare d'ufficio q.l.c., è altrettanto pacifico che una q.l.c. potrà essere sollevata d'ufficio soltanto sulla base delle norme fatte valere nell'atto introduttivo e in eventuali motivi aggiunti e non su altre norme che tali atti non menzionano^[16].

Più in particolare, sono state evidenziate due condizioni – una in positivo e una in negativo – per il corretto esercizio del suddetto potere officioso.

Si è così ritenuto che il g.a. è legittimato a sollevare q.l.c. d'ufficio ogni qualvolta debba fare applicazione della stessa norma illegittima (e quindi quando la norma è stata oggetto di un vizio di legittimità dedotto dalle parti e risulta così indispensabile ai fini della definizione della controversia), ma non può sollevare d'ufficio q.l.c. dopo aver deciso il merito del giudizio, posto che, così facendo, ossia applicando la norma sospettata d'illegittimità costituzionale, renderebbe non più rilevante la soluzione della q.l.c. per la definizione del giudizio *a quo*, andando così incontro a una dichiarazione di inammissibilità della questione per esaurimento del potere decisorio del giudice rimettente[17].

4. La distinzione tra atto meramente confermativo e conferma propria e i riflessi sugli oneri deduttivi del ricorrente.

Dal momento che la carenza di motivazione stigmatizzata dalla Consulta nella propria statuizione di inammissibilità muove dalla qualificazione del secondo diniego come atto di conferma e da una certa lettura degli oneri deduttivi gravanti sul ricorrente in caso di relativa impugnazione, corre l'obbligo, a questo punto, di approfondire la distinzione tra atti meramente confermativi e atti di conferma propria.

La distinzione, di origine giurisprudenziale, risale alla stessa istituzione della giurisdizione amministrativa[18], rispondendo all'importante esigenza di impedire l'elusione della perentorietà del termine di ricorso[19].

È principio recepito in giurisprudenza che l'impugnazione in via principale di un atto meramente confermativo è inammissibile e tardiva, trattandosi di atto avente valore meramente dichiarativo e ricognitivo di un effetto e di una lesione già prodotti da un provvedimento precedente, che rimane comunque efficace anche dove i primi fossero annullati[20].

Altrettanto condiviso, in linea di principio, è che la distinzione tra atto meramente confermativo e atto di conferma in senso proprio riposa nello svolgimento, quanto al secondo, di una rinnovata valutazione e ponderazione, ovvero un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento[21]: in una parola, in una nuova istruttoria[22]. Segnatamente, il provvedimento di conferma ricorre quando si procede a un riesame della precedente decisione, valutando nuovamente gli elementi di fatto acquisiti ovvero acquisendone di nuovi, come pure ponderando una seconda volta gli interessi coinvolti; invece si ha atto meramente confermativo nel caso in cui è ribadita la decisione assunta nell'atto precedente, senza alcuna rivalutazione degli interessi, né nuovo apprezzamento dei fatti[23].

Caratteristica effettuale della conferma è di *“sostituire l'atto confermato, rendendo improcedibile per difetto di interesse il ricorso originariamente proposto contro quest'ultimo”*[24].

Senonché, al di là delle affermazioni di principio, la giurisprudenza anche recente dimostra che la distinzione tra atti meramente confermativi e provvedimenti di conferma risulti, nella pratica, tutt'altro che agevole. Così, la “mobilità” che i concetti di nuova valutazione e nuova istruttoria dimostrano di avere in concreto, in una con l'applicazione del principio per cui la natura dell'atto prescinde dal *nomen* utilizzato e va desunta dalle sue caratteristiche concrete,

dà luogo a esiti applicativi difformi dalla (apparentemente monolitica e lineare) distinzione di principio[25].

La complessità della distinzione si aggrava quando il secondo provvedimento intervenga su ordine del giudice. In tal caso, infatti, l'ordine giudiziale (*sub specie* cautelare) dovrebbe fungere da parametro per verificare il margine di manovra residuo in capo all'amministrazione, incidendo sulla capacità dell'atto assunto in relativa esecuzione e riproduttivo del contenuto di quello previamente emesso a dare luogo o meno alla sostituzione di quest'ultimo.

Il tema si intreccia con il delicato nodo del rapporto tra pronunce cautelari "atipiche" e nuovo esercizio del potere[26]. È noto, infatti, che uno dei principali problemi teorici posti dalla progressiva apertura a misure cautelari diverse dalla mera "sospensiva" è stato, specialmente in riferimento alla tecnica del c.d. *remand*[27], quello di minare alla strumentalità propria della fase cautelare rispetto al merito, sollecitando l'adozione di un nuovo provvedimento sostitutivo del precedente e quindi potenzialmente soddisfacente dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio. Per quanto qui interessa, il problema attiene specialmente al caso in cui il provvedimento assunto all'esito dell'ordine giudiziale confermi il dispositivo del precedente, risultando, dunque, non soddisfacente per il ricorrente e suscettibile di ulteriore impugnazione. Gli oneri deduttivi gravanti sul ricorrente variano, infatti, a seconda della natura che si intenda attribuire al secondo atto e, quindi, dei relativi effetti.

Come riconosciuto dalla giurisprudenza più risalente, occorrerebbe guardare all'intensità del contenuto ordinatorio della pronuncia cautelare per stabilire se la relativa esecuzione determini o meno improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso originario[28].

Con specifico riferimento alla tecnica cautelare dell'"*accoglimento della domanda cautelare ai fini del riesame*" la giurisprudenza maggioritaria si è progressivamente allineata nell'affermare che il suo *proprium* risiederebbe nel "*rimettere in gioco l'assetto degli interessi definito con l'atto impugnato, restituendo alla pubblica amministrazione l'intero potere decisionale iniziale, senza pregiudicare il risultato finale*"[29], sicché il relativo ossequio produrrebbe sempre atti espressivi di nuove, autonome, scelte discrezionali dell'Amministrazione, in presenza delle quali non potrebbe che realizzarsi una sostituzione dell'atto impugnato, con conseguente improcedibilità del ricorso originario.

Al di là di questo orientamento più rigido, non mancano pronunce che, pur inserendosi nel filone che riconosce al *remand* l'effetto di rimettere integralmente nelle mani della p.A. il potere di ri-pronunciarsi alla luce dei vizi illustrati nel ricorso e ritenuti *prima facie* fondati, fanno salvo il caso in cui il nuovo provvedimento sia "*meramente confermativo del precedente*"[30], così dimostrando di disconoscere un netto automatismo tra esecuzione del *remand* cautelare e sopravvenuta carenza di interesse al ricorso originario. A ciò si aggiunga il recente orientamento che, con specifico riguardo all'esecuzione dell'ordine cautelare di riesaminare la vicenda alla luce della censura di difetto motivazionale, qualifica il nuovo atto alla stregua di una convalida del vizio di motivazione, con conseguente inidoneità a determinare l'improcedibilità del ricorso introduttivo[31].

In ultima analisi i riferiti orientamenti introducono dei fattori di complessità nella (apparentemente lineare) distinzione tra atto meramente confermativo e conferma propria, con specifico riferimento agli oneri deduttivi gravanti sul ricorrente.

È di tutta evidenza, infatti, che altro è proporre motivi aggiunti contro un atto che, pur confermando il dispositivo del precedente, lo abbia integralmente sostituito, con conseguente onere di riproporre specificamente tutti i vizi dedotti contro il provvedimento originario (oltre alla contestazione di eventuali vizi propri), al prezzo di non vederli trattati in sede di definizione del giudizio, altro è impugnare (cautelativamente) un nuovo provvedimento meramente ripetitivo della decisione contenuta nel primo provvedimento, che, se non destinato ad essere automaticamente caducato per effetto della caducazione del primo, quanto meno legittima a limitare le (pur tuzioristiche) censure a vizi di invalidità derivata, oltre alla eventuale contestazione di vizi propri.

5. Riflessioni conclusive: alla ricerca di un equilibrio tra oneri deduttivi e rilevanza d'ufficio della q.l.c.

I precedenti rilievi dimostrano che l'assioma per cui un provvedimento di conferma propria determina sempre la sostituzione del provvedimento originario si dimostra, nella pratica, meno controllato e consolidato di quanto sembri. Ciò è vero anzitutto perché la distinzione tra conferma e atto meramente confermativo risulta concretamente disagiata; né il problema è risolto nel caso in cui nuovo provvedimento sia assunto a valle di *remand* cautelare, residuando, anche in tale ipotesi, margini per l'adozione di atti meramente confermativi. In secondo luogo, ove lo consentano il tipo di vizio denunciato nel ricorso e i caratteri del nuovo provvedimento assunto su ordine cautelare, potrebbe ricorrere una convalida, a sua volta inidonea a generare la sostituzione del provvedimento originario (e la conseguente improcedibilità del ricorso introduttivo).

Ne risulterebbe scalfita la nettezza dell'affermazione della Consulta che *“i soli motivi di ricorso di cui il TAR rimettente doveva occuparsi erano quelli formulati in confronto [al secondo diniego, n.d.r.], ossia i motivi aggiunti”*^[32], a sua volta ricavata dal carattere *“sostitutivo...del provvedimento originario”* del nuovo provvedimento assunto su *remand* cautelare, per la sua natura di conferma in senso proprio.

Se si condivide tale assunto, condividendosi, perciò, che il TAR poteva considerarsi legittimato a un approccio non formalistico, considerandosi investito dell'integralità delle censure mosse contro il primo e il secondo diniego, l'atteggiamento aperturista e attento al principio dispositivo dimostrato dalla Consulta nel respingere l'eccezione di consumazione del potere decisionale per accoglimento con sentenza parziale delle censure contenute nel ricorso originario^[33] non aveva ragione di venire meno per il solo fatto che la censura di illegittimità costituzionale non era stata riprodotta nei motivi aggiunti contro il secondo diniego.

La Corte finisce, invece, con l'accogliere appieno l'eccezione che dichiara di respingere, concludendo che l'infondatezza dei motivi aggiunti sancita con sentenza parziale *“implicherebbe l'esaurimento del potere decisorio del rimettente, il quale, non avendo più alcunché su cui pronunciare, non potrebbe sollevare ormai le questioni neppure d'ufficio”*.

Val la pena, in conclusione, mettere in luce un'aporia: o si ammette o si nega che la sentenza parziale di accoglimento dei motivi determini l'esaurimento del potere decisorio, con conseguente difetto di rilevanza. Una volta escluso tale affetto, la semplice deduzione

tempestiva della violazione di una norma della cui illegittimità costituzionale il decidente dubiti, vieppiù se, come nella specie, si tratti della norma attributiva del potere, dovrebbe aprire la strada al sollevamento ufficioso della q.l.c., la cui definizione diviene *ex se* indispensabile per la definizione del giudizio e dunque rilevante.

La prospettiva proposta, indubbiamente orientata ad allargare le maglie del controllo di legittimità in via incidentale, oltre a non essere estranea alla giurisprudenza costituzionale, che, con molteplici strategie, ha spesso cercato di aumentare le proprie possibilità di cancellare norme incostituzionali^[34], preserva l'effettività del giudizio impugnatorio, scongiurando letture formalistiche che, in ultima analisi, aggravano l'onere deduttivo del ricorrente senza avvantaggiare il sistema.

[1] Benché il lavoro sia il frutto di una riflessione comune ed indivisa, i parr. 1-3 sono da attribuire ad Alessandra Coiante e i parr. 4 e 5 a Flaminia Aperio Bella.

[2] La Corte richiama, in particolare, le seguenti pronunce: n. 179 del 2019, n. 126 e n. 116 del 2018, n. 275 del 2013 e n. 94 del 2009.

[3] Il riferimento va, evidentemente, rispettivamente, alle “Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale” e alle “Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale”, ove si legge che «La questione di legittimità costituzionale può essere sollevata, di ufficio, dall'autorità giurisdizionale davanti alla quale verte il giudizio».

[4] V. Andrioli, *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, in *Atti del I Convegno Internazionale di diritto processuale civile (1950)*, Padova, 1953. Per approfondimenti su tale ricostruzione v. N. Pignatelli, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente*, in *federalismi.it*, n. 6/2021, 97 ss., spec. 105 nonché *amplius* Id., *Le “interazioni” tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, 2008, 30 ss.

[5] In altre parole, il giudice del processo civile è libero di applicare le norme di diritto che meglio ritiene adattabili al caso concreto, ossia di mutare la qualificazione giuridica o il *nomen iuris* ma con il limite di non sostituzione dell'azione proposta con una diversa fondata su fatti diversi o su una diversa *causa petendi*. Cfr. A. Carratta, C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, XXIV ed., 99 ss.

[6] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, IV ed., 1994, 256 ss.

[7] Cons. St., Ad. Plen., 8 aprile 1963, n. 8, in *Giur. Cost.*, 1963, 1214 ss.

[8] N. Pignatelli, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale*, cit., 105 nonché Id., *Le “interazioni” tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, cit., 30 ss.

[9] N. Pignatelli, *Le “interazioni” tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, op.cit., 30 ss.

[10] In questo senso F. La Valle, *La rilevanza nel giudizio amministrativo della incostituzionalità delle leggi*, in *Giur.it.*, 1964, 75.

[11] N. Pignatelli, ult. op. cit., 33 ss.

[12] S. Lessona, *Riflessi sul giudizio amministrativo della “cessazione di efficacia” pronunciata dalla Corte costituzionale*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, 1969, 353.

[13] TAR Lombardia, Milano, 21 ottobre 2002, n. 1510, in *Trib. Amm. Reg.*, 2002, I, 4318.

[14] Cons. Stato, Sez. V, 6 febbraio 1999, n. 138 in *Foro Amm.* 1999, 355; *Cons. Stato* 1999, I, 220; *Giur. it.* 1999, 1312, che ha poi specificato – in linea con la Plenaria richiamata – che: “*Secondo l’art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, il cui disposto è reiterato dall’art. 23, comma III, della legge 11 marzo 1953, n. 87, la questione di legittimità costituzionale può essere “rilevata d’ufficio o sollevata da una delle parti nel corso del giudizio”. Una formulazione così ampia e incondizionata indica che il potere di sollevare d’ufficio la questione compete in eguale misura ad ogni giudice senza limitazione alcuna, e cioè non solo per risolvere dubbi su questioni pregiudiziali rilevabili d’ufficio, ma anche per risolvere il merito della controversia. Deve escludersi che l’esercizio in concreto di tale potere, che ha fonte in una norma costituzionale, trovi ostacolo nei principi di legge ordinaria, secondo i quali il giudice amministrativo decide solo sui motivi dedotti dal ricorrente. Vero è, invece, che l’ambito dei poteri di cognizione del giudice amministrativo trova definizione nel quadro normativo complessivo, quale definito, in primo luogo, dalle norme di rango costituzionale”;* e che: “*(...) va considerato che il giudice, quando si esprime sul provvedimento impugnato, è chiamato, sia pure in modo indiretto ed implicito, a fare applicazione della norma nella quale esso trova legittimazione. In ciò trova giustificazione sul piano sostanziale l’attribuzione del potere di sollevare d’ufficio la questione, ove sussistano dubbi sulla costituzionalità della norma, o di prendere atto della incostituzionalità già dichiarata”.*

[15] Cons. Stato, sez. IV, 9 marzo 2012, n. 1349. Nel caso di specie era stato evidenziato che non poteva considerarsi ammissibile una la q.l.c. “*sollevata indipendentemente dall’impugnazione dell’atto che implica attuazione della norma di legge che si assume contraria al dettato costituzionale, non essendo notoriamente consentita, nel vigente ordinamento, la diretta sollecitazione, nei confronti del giudice delle leggi, a una pronuncia di verifica della costituzionalità della norma”.*

[16] Cfr. N. Pignatelli, ult. op. cit., 37.

[17] Cfr. N. Pignatelli, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente*, op.cit., 110 ove l’A. specifica la questione riportando il seguente esempio: “*nell’ipotesi in cui il ricorrente impugni un provvedimento con il motivo I per violazione della norma x e il giudice adotti una sentenza non definitiva di rigetto del motivo I, sollevando contestualmente questione di legittimità costituzionale sulla medesima disposizione x, la questione di legittimità costituzionale dovrà ritenersi inammissibile per esaurimento del potere decisorio, posto che la suddetta disposizione x, oggetto del dubbio di legittimità costituzionale, risulterebbe già applicata e quindi e irrilevante ai fini del giudizio costituzionale; in questa logica può dirsi che il giudice amministrativo non può sollevare questione di legittimità costituzionale dopo aver deciso il merito del giudizio, pur con sentenza non definitiva”.*

[18] Cons. Stato, Sez. IV, 21 gennaio 1892, che dichiarò inammissibile il ricorso proposto contro “la risoluzione, provocata da una seconda istanza, la quale non sia che la ripetizione o la conferma della precedente”, citata in P. Stella Richter, *L’inopugnabilità*, Molano, 1970, 237.

[19] In dottrina, R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, 2 ed., Torino, 2017, 711 ss. dove si sottolinea che la distinzione, creata dalla giurisprudenza per l’esigenza pratica di evitare l’elusione del termine di proposizione del ricorso, non manca di destare problemi applicativi.

[20] *Ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 10 gennaio 2011, n. 28, in *Foro amm. CdS* 2011, 194; Id. Sez. V, 21 agosto 2009, n. 5018, ivi, 2009, 1737.

[21] Da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2022, n. 491.

[22] Individuano il *proprium* dell’atto di conferma rispetto a quello meramente confermativo nell’apertura di una nuova istruttoria, *ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385; Cons. Stato, Sez. I, 18 febbraio 2021, n. 238; Cons. Stato, Sez. II, 12 giugno 2020, n. 3746; Id., Sez. V, 17 aprile 2020, m. 2447; Id., 11 ottobre 2019, n. 6916.

[23] Negli esatti termini Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2022, n. 491. In senso simile, per l’affermazione che “*ricorre un atto meramente confermativo nel caso in cui l’amministrazione ribadisca la decisione assunta nei suoi precedenti atti, senza né rivalutare gli interessi coinvolti né compiere un nuovo apprezzamento dei fatti con una nuova istruttoria; ricorre invece un provvedimento di conferma quando l’amministrazione stessa procede ad un riesame delle proprie precedenti decisioni, valutando nuovamente gli elementi di fatto acquisiti, acquisendone di nuovi, oppure riconsiderando gli interessi coinvolti”* Cons. Stato, Sez. IV, 7 maggio 2021, n. 3579; Id. Sez. III, 2 novembre 2020 n. 6723; Id., 9 luglio 2014 n. 3491; Id. Sez. IV 10 dicembre 2009 n. 3491.

[24] C. cost., n. 248/2021 in commento, pt. 5. Nei medesimi termini già Cons. Stato, Sez. IV, 23 aprile 2020, n. 2570; Id. Sez. I, n. 238/2021, cit.

[25] Per l’affermazione della natura di atto di conferma autonomamente impugnabile di un provvedimento con cui l’ANAC, sollecitata a riesaminare un proprio provvedimento (su cui peraltro era disceso il giudicato), dichiarava espressamente che “*non si rinviene alcuna rilevante sopravvenienza di fatto che imponga una rivisitazione del provvedimento*”, aggiungendo che non “*si rinviengono i presupposti per il riesame della delibera a suo tempo assunta e per l’apertura di una nuova istruttoria neppure con la sola finalità di rimodulare le sanzioni da irrogare*”, cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. V, n. 491/2022 cit.

[26] 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. Sulla tutela cautelare nel processo amministrativo, per tutti, E. 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. Per un lavoro monografico R. Leonardi, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla l. n. 205 del 2000 al codice del processo amministrativo*, Milano, 2011. Tra le opere collettanee M.P. Chiti, *La tutela cautelare*, in A. Sandulli (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, in S. Cassese (diretto da), *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 2013, pp. 153 ss., nonché, se si vuole F. Aperio Bella, *Il procedimento cautelare* in M.A. Sandulli (a cura di) *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, II, Milano, 2013, 161 ss.

[27] Si intende fare riferimento alla prassi processuale con cui il g.a., sulla scorta della cognizione sommaria propria della fase cautelare, ordina alla p.A. di riesaminare la situazione alla luce dei motivi di ricorso. Nel rinviare, per una disamina generale delle caratteristiche di tale tecnica cautelare, alla dottrina citata *supra*, si veda anche C. Cacciavillani, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della p.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2002, 91 ss. qui spec. par. 8 nonché, per una recente analisi dei problematici riflessi che l'utilizzo del *remand* produce ove solleciti il riesercizio di poteri "consumati" per decorso degli specifici termini imposti dal legislatore, M.A. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. e Soc.*, 2, 2020, 195 ss., qui 218-219.

[28] Così ad es. 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.

[29] In termini, *ex multis*, TAR Lazio, sez. II-bis, 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 pregiudicarne 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)".

[30] Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2006 n. 5396; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 17 maggio 2013, n. 1326, più di recente TAR Napoli, Sez. V, 9 giugno 2021, n. 3909.

[31] Così TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 14 giugno 2021, n. 7056, che, ripercorrendo l'insegnamento di Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, in questa *Rivista* con nota di F. Aperio Bella, *Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio*, in tema di convalida del vizio di motivazione, ne fa discendere che l'integrazione della motivazione del diniego originario a opera del secondo atto "non costituis[ce] 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.

[32] C. cost., n. 248/2021 in commento, pt. 6.

[33] Ragionando in termini ipotetici e ipotizzando di dover valutare esclusivamente il diniego impugnato con ricorso introduttivo la Consulta afferma, infatti "Qualora nel giudizio a quo si discutesse esclusivamente di tale provvedimento, sarebbe agevole osservare che ... la circostanza che il rimettente abbia negato, con sentenza, il "cattivo esercizio" del potere non escluderebbe che gli resti, comunque sia, da decidere sul motivo relativo all'esistenza del potere: prospettiva nella quale la potestas indicandi del giudice a quo – contrariamente a quanto sostenuto dalla Banca d'Italia – non risulterebbe esaurita" (pt. 4).

[34] Si pensi, oltre alla definizione elastica di "giudice" e di "giurisdizione" ai fini dell'individuazione dei soggetti legittimati a promuovere questioni di l.c. in via incidentale, al più recente argomento della "zona franca" o "zona d'ombra", ossia alla necessità di non lasciare zone sottratte al controllo di costituzionalità dell'ordinamento, utilizzato dalla Consulta per espandere il proprio controllo di l.c. (per più ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sia consentito rinviare a F. Aperio Bella, "Ceci n'est pas une note de jurisprudence": riflessioni a margine del tentativo dell'AGCM di farsi giudice a quo, in *Dir. e Soc.*, 2, 2018, 281 ss.).

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2241 – 17 marzo 2022

Ultimi approdi in materia di responsabilità precontrattuale della p.a. (Nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21)

di Maria Baldari

Sommario: 1. Premessa – 2. Il contenzioso e le ragioni di rimessione all'Adunanza Plenaria – 3. La decisione dell'Adunanza Plenaria. Il quesito *sub a)* – 3.1 Il quesito *sub b)* – 4. Responsabilità dell'amministrazione anche in caso di annullamento disposto dal giudice – 5. Gli elementi della responsabilità precontrattuale della p.a. – 5.1. L'assenza di colpa in capo al concorrente: rilevi critici.

1. Premessa

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con una sentenza che deve essere idealmente letta unitamente alle altre due pubblicate nella medesima data e attinenti a profili di giurisdizione^[1], fornisce chiarimenti in ordine agli aspetti sostanziali della responsabilità precontrattuale della p.a.

Quest'ultima, com'è noto, è ormai riconosciuta da tempo dalla giurisprudenza sia amministrativa che civile; purtuttavia la sentenza in commento si caratterizza per un'analisi più puntuale degli elementi costitutivi della stessa.

Nello specifico, gli aspetti più innovativi sui quali si porrà l'attenzione in questa sede attengono, da un lato, alla sussistenza della responsabilità anche in caso di annullamento del provvedimento favorevole disposto in sede giurisdizionale, dall'altro alle condizioni in presenza delle quali il concorrente possa dirsi realmente esente da colpa.

2. Il contenzioso e le ragioni di rimessione all'Adunanza Plenaria

La controversia è instaurata dall'impresa ricorrente al fine di domandare il risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale nei confronti dell'amministrazione ed in particolare per i danni derivanti dalla lesione dell'affidamento sorto in seguito all'aggiudicazione definitiva in suo favore dell'appalto, poi annullata dal giudice^[2] e quindi revocata dall'amministrazione in esecuzione della pronuncia di annullamento^[3].

Il ricorso viene parzialmente accolto in primo grado dal Tribunale Amministrativo il quale, dopo aver accertato la colpa dell'amministrazione che ha dato causa all'annullamento dell'aggiudicazione (consistita in particolare nell'ambigua formulazione di talune clausole del bando), condanna la p.a. al risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale cagionato alla parte privata, limitato al solo interesse negativo, ovverosia «*le spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e le perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali*», con riferimento soltanto «*alle voci di danno (...) che trovano riscontro in precisi elementi probatori, desumibili dagli atti acquisiti al giudizio*». Al contrario, il giudice di prime cure non considera risarcibile «*il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata*» in quanto non ritiene concretamente provato il lucro cessante^[4].

L'amministrazione propone appello con cui contesta, in via principale, di avere agito con negligenza inquadabile nella *culpa in contrahendo* ex art. 1337 cod. civ., e, in via subordinata, la quantificazione dei danni risarcibili effettuata in sede di condanna. Anche l'impresa aggiudicataria censura, con appello incidentale autonomo, la quantificazione dei danni operata dalla sentenza di primo grado.

La II Sezione del Consiglio di Stato, dopo aver ritenuto tardivo quest'ultimo mezzo di impugnazione in quanto notificato oltre il termine di sei mesi dal deposito della sentenza impugnata, ravvisa l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti.

Nello specifico, il segnalato contrasto attiene al diritto al risarcimento da lesione dell'affidamento verso un provvedimento amministrativo illegittimo, poi annullato in sede giurisdizionale. Secondo un primo indirizzo, la sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo accerterebbe «*l'assenza di un danno ingiusto, perché all'originario ricorrente non spettava l'ottenimento del bene della vita sotteso al suo interesse legittimo*»^[5]. Un'altra corrente giurisprudenziale si mostra invece favorevole al riconoscimento della risarcibilità della lesione dell'affidamento del privato verso un provvedimento illegittimo, annullato in sede di autotutela o in sede giurisdizionale, seppur in presenza di stringenti limiti in tema di prova della colpa dell'amministrazione, del danno subito dall'istante e del nesso di causalità tra l'annullamento e il predetto danno^[6].

La II Sez. dichiara di aderire al primo dei citati orientamenti, osservando come nel caso in cui il provvedimento favorevole sia stato revocato in esecuzione di una pronuncia giudiziale, l'eventuale affidamento del privato sarebbe pregiudicato non tanto da una condotta dell'amministrazione, quanto piuttosto da un provvedimento emanante dal potere giurisdizionale, nei confronti del quale non potrebbe esserci in radice, per la natura terza del giudice, alcuna aspettativa qualificata; né la soccombenza in sede giurisdizionale potrebbe

mai ridondare in lesione di un affidamento legittimo, idonea a fondare una domanda risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione.

Purtuttavia, in ragione del menzionato contrasto, il collegio rimette all'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99, co. 1 c.p.a. le seguenti questioni: «a) *se l'interessato – a prescindere dalle valutazioni circa la sussistenza in concreto della colpa della pubblica amministrazione, del danno in capo al privato e del nesso causale tra l'annullamento e la lesione – possa in astratto vantare un legittimo e qualificato affidamento su un favorevole provvedimento amministrativo annullato in sede giurisdizionale, idoneo a fondare un'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione; b) in caso positivo, in presenza di quali condizioni ed entro quali limiti può riconoscersi al privato un diritto al risarcimento per lesione dell'affidamento incolpevole, con particolare riferimento all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale*»[7].

3. La decisione dell'Adunanza Plenaria. Il quesito *sub a)*

Discostandosi dall'orientamento accolto dalla sezione rimettente, l'Adunanza Plenaria fornisce risposta affermativa alla prima delle questioni deferite.

Innanzitutto, ricorda come l'affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione, e più in generale sulla correttezza del suo operato, sia riconosciuto anche dalla propria risalente giurisprudenza come situazione giuridica soggettiva tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno[8]. E ciò sul presupposto che nell'applicare le norme sull'evidenza pubblica la p.a. sia anche soggetta alle norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune.

Le due tipologie di regole operano su piani distinti ed autonomi, non legati da rapporto di pregiudizialità: uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte. Come il collegio ha già avuto modo di chiarire in passato, è ammessa infatti la possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento «*anzi, pur trattandosi di una responsabilità da comportamento illecito, non si traduce in provvedimenti illegittimi*» ma, al contrario, ne presuppone la legittimità[9].

Del resto, in tempi recenti il Consiglio di Stato ha precisato che l'affidamento, pur essendo sorto nel diritto civile – al fine di tutelare la buona fede ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella creata - rappresenta un principio generale dell'azione amministrativa, in quanto considerato canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, sia nel corso del procedimento amministrativo sia dopo che sia stato emanato il provvedimento conclusivo[10].

Secondo il collegio, anche il legislatore avrebbe di recente recepito il predetto orientamento giurisprudenziale, tanto da positivizzare all'art.1, co. 2*bis* della legge 241/1990 una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico in ossequio alla quale i «*rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*»[11]. In virtù di tale dato positivo, il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede assume

definitivamente una portata bilaterale, rivolgendosi tanto all'amministrazione quanto ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento.

La violazione del dovere in esame, nella misura in cui lede aspettative giuridicamente meritevoli di tutela, può essere fonte di responsabilità per la p.a. Con la precisazione che questo può avvenire non solo nei casi di atto legittimo, come già affermato dalla giurisprudenza prima richiamata, ma anche in caso di atto illegittimo successivamente annullato in sede giurisdizionale.

Sulla scorta di siffatte argomentazioni, l'Ad. Plen. enuncia pertanto il principio di diritto secondo cui *«nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi»*.

3.1 Il quesito *sub b)*

Con riguardo al secondo quesito relativo alle condizioni in presenza della quali sia ravvisabile una simile responsabilità, l'Adunanza Plenaria riconosce che l'evidenza pubblica rappresenta il settore in cui tradizionalmente e più volte è riconosciuta la responsabilità della p.a., e ciò in quanto l'attività contrattuale dell'amministrazione risulta inquadrabile anche nello schema delle trattative prenegoziali, da cui deriva l'assoggettamento al generale dovere di *«comportarsi secondo buona fede»* enunciato dall'art.1337 c.c.

Tale forma di responsabilità è finalizzata a tutelare l'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili; pertanto la reintegrazione per equivalente è ammessa non già in relazione all'interesse positivo, corrispondente all'utile che si sarebbe ottenuto dall'esecuzione del contratto, ma all'interesse negativo, da identificarsi nelle spese sostenute per le trattative nonché nella perdita di occasioni contrattuali alternative.

Così come nei rapporti di diritto civile, affinché un affidamento sia legittimo, è necessario che sia stato raggiunto un livello delle trattative tale per cui la conclusione del contratto rappresenti uno sbocco prevedibile ed il recesso appaia invece ingiustificato^[12], parimenti nel diritto amministrativo l'affidamento è legittimo quando sia stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva, cui non abbia poi fatto seguito la stipula del contratto^[13]. Il recesso ingiustificato in tal caso si manifesta sotto forma di revoca o annullamento d'ufficio della gara che, anche se legittimi, non esonerano l'amministrazione da responsabilità per avere inutilmente condotto una procedura di gara fino all'atto conclusivo ed avere così ingenerato e fatto maturare il convincimento circa la sua positiva conclusione.

Purtuttavia la stessa Adunanza Plenaria, con ciò ridimensionando l'apparente contrasto rispetto alla posizione della Cassazione la quale in passato aveva affermato che la posizione del concorrente è tutelabile *«indipendentemente da un affidamento specifico alla conclusione del contratto»*^[14], patrocina la tesi - già prospettata da parte della giurisprudenza amministrativa - secondo cui la verifica di un affidamento deve essere svolta in concreto, in ragione del fatto che *«il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto*

comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale»[15].

Del resto, l'Ad. Plen. si era già espressa nella medesima direzione quando, negando valore dirimente all'aggiudicazione, aveva chiarito come tale responsabilità «*possa derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede»[16].*

Il primo requisito dell'affidamento tutelabile viene così individuato nella sua ragionevolezza e nel correlato carattere ingiustificato del recesso.

Il secondo elemento attiene al carattere colposo della condotta dell'amministrazione, da accertarsi secondo le regole generali in materia di illecito aquiliano *ex art. 2043 c.c.*[17].

Ancora, per il collegio ulteriore elemento è rappresentato dall'assenza di colpa in capo al soggetto che ha riposto l'affidamento, secondo il disposto dell'art. 1338 c.c. ai sensi del quale il risarcimento spetta alla parte che ha «confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto».

Sul punto, è analizzato innanzitutto il caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione sia disposto d'ufficio dalla p.a. Al riguardo, viene sottolineata la differenza rispetto alla revoca che opera a seguito di una rivalutazione dell'interesse pubblico: l'annullamento interviene per rimuovere un vizio di legittimità degli atti della procedura di gara, con la conseguenza che se il motivo di illegittimità fosse conoscibile dal concorrente, la responsabilità della stazione appaltante dovrebbe essere esclusa[18].

In secondo luogo, in relazione alle ipotesi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione sia disposto in sede giurisdizionale, l'Ad. Plen. sottolinea i profili di specialità che emergono nel diritto amministrativo. In particolare in sede di tutela costitutiva il beneficiario degli atti di cui si chiede l'annullamento, assumendo la qualità di controinteressato, viene posto in condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento; ciò peraltro entro il ristretto arco temporale rappresentato dal termine di decadenza di cui all'art. 29 c.p.a. Tale situazione, a parere del collegio, esclude un affidamento incolpevole, portando ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo.

In base all'*iter* motivazionale così ricostruito, l'Adunanza Plenaria enuncia il seguente principio di diritto «*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».*

4. Responsabilità dell'amministrazione anche in caso di annullamento disposto dal giudice

La sentenza in commento, almeno nella parte in cui riconosce la possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione anche allorquando la stessa agisca come soggetto autoritativo, ribadisce, in verità, un dato ormai abbastanza pacifico.

Com'è noto, infatti, l'originaria distinzione tra attività in regime di diritto privato e attività in regime di diritto pubblico – in virtù della quale solo nell'ambito della prima sarebbe configurabile una responsabilità *ex art 1337 c.c. della p.a.* – era stata fortemente criticata dalla dottrina la quale ne auspicava da tempo il superamento^[19].

Il mutamento interpretativo risale ad un *revirement* della Cassazione che apriva una breccia in tal senso, sia pure limitando la responsabilità alla fase finale della procedura di scelta del contraente privato, in cui costui lascia la posizione di mero partecipante per assumere quella di parte contrattuale^[20].

Si deve soprattutto alla successiva giurisprudenza amministrativa l'accantonamento della convinzione secondo cui prima dell'aggiudicazione gli interessati sarebbero dei semplici partecipanti al procedimento amministrativo, legittimati solo a pretendere la legittimità degli atti compiuti.

Il Consiglio di Stato ha infatti affermato che, sebbene la procedura di evidenza pubblica sia dotata di una doppia natura, i due momenti fattuali, essendo entrambi tendenti al medesimo fine della stipulazione del contratto, devono essere intesi in rapporto di successione logica e dunque in chiave unitaria. Ogni singolo provvedimento risulta pertanto dotato della forza necessaria a generare un legittimo affidamento nel terzo contraente.

Avanzando un parallelismo con la disciplina civilistica, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che anche in materia di contratti pubblici si è in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto secondo lo schema dell'offerta al pubblico, in cui si registra un primo contatto con una pluralità di possibili contraenti. Con l'ulteriore conseguenza che, a fronde della impossibilità di scindere i due momenti, l'amministrazione è tenuta al rispetto delle norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. anche anteriormente all'aggiudicazione^[21].

In maniera non dissimile da quanto accade nel diritto civile, e nello specifico in materia di contratti nel cui ambito è stata elaborata la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità^[22], la violazione di siffatte regole non darebbe luogo all'invalidità del provvedimento amministrativo ma, nella misura in cui rende scorretto il comportamento complessivamente tenuto dalla p.a., rappresenta fonte di responsabilità.

In altri termini, le norme di diritto pubblico e quelle di diritto privato operano non solo in sequenza temporale, vale a dire prima quelle di diritto pubblico e poi quelle di diritto privato, ma anche in maniera sinergica. Il campo di applicazione del dovere di correttezza è infatti molto esteso, trovando un fondamento, da un lato, nell'art. 2 Cost. in quanto si tratta di un dovere di solidarietà che nasce nei confronti degli altri consociati allorquando si instaurino rapporti qualificati tra loro, dall'altro, nell'art. 41 della Carta di Nizza che sancisce il principio di buona amministrazione, posto a garanzia delle posizioni private coinvolte dall'esercizio del potere amministrativo.

Così inteso, il dovere in esame non è limitato alla procedura di evidenza pubblica ma interessa anche gli altri procedimenti, venendo in rilievo ogni qual volta sussista un affidamento qualificato generato da un comportamento della p.a.^[23].

Tale orientamento era stato accolto anche dalla più volte citata Adunanza Plenaria n. 5 del 2018, intervenuta proprio al fine di risolvere il perdurante contrasto giurisprudenziale alimentato da quell'orientamento che sosteneva la natura non affidante della trattativa anteriormente all'aggiudicazione^[24].

In quell'occasione il giudice amministrativo non riteneva ammissibile la presenza di “zone franche” caratterizzate da una irresponsabilità della p.a. Lo stesso collegio osservava inoltre che se la regola di correttezza, in virtù del menzionato campo applicativo, si applica anche nei procedimenti amministrativi non finalizzati alla conclusione del contratto, sarebbe irragionevole che la stessa non trovi applicazione proprio nella procedura di evidenza pubblica.

Anche una trattativa seriale, multipla, è dunque idonea a generare un affidamento che, in presenza degli ulteriori elementi sintomatici indicati da quella stessa sentenza^[25], risulta meritevole di tutela risarcitoria.

E la pronuncia in commento ribadisce tali principi.

L'aspetto più innovativo della decisione, semmai, sembra ravvisarsi nella ulteriore precisazione circa la sussistenza di tale responsabilità anche nel caso in cui la p.a. abbia revocato il provvedimento di aggiudicazione in ottemperanza ad una sentenza di annullamento del giudice che ne dichiarava la illegittimità. Infatti, mentre nelle fattispecie decise dall'Adunanza Plenaria nelle menzionate sentenze nn. 6/2005 e 5/2018 l'atto amministrativo fonte di affidamento era caratterizzato da legittimità, nel caso di specie veniva in rilievo un atto illegittimo.

Rispetto ad esso nell'ordinanza di rimessione si avanzavano perplessità, da un lato, in ordine alla sua idoneità ad essere fonte di affidamento; dall'altro, in relazione al profilo di responsabilità addebitabile all'amministrazione, trattandosi di un annullamento disposto dal giudice, in esecuzione del quale era poi intervenuta la revoca.

All'evidenza, tali rilievi non appaiono significativi, ove si rifletta sulla *ratio* dell'istituto della responsabilità precontrattuale che si è tentato di ricostruire. Con la richiesta di risarcimento danni il privato non si lamenta infatti dell'annullamento in quanto tale, ma dal comportamento “scorretto” e “disattento” tenuto dalla p.a. nel rilascio del provvedimento, assistito da una presunzione di legittimità e in quanto tale idoneo a generare affidamento.

5. Gli elementi della responsabilità precontrattuale della p.a.

La sentenza in commento appare maggiormente incisiva quando, nel rispondere al secondo quesito, passa ad analizzare le condizioni e i limiti entro cui può essere riconosciuto il diritto al risarcimento del privato.

Il riferimento al cd. interesse negativo quale tipologia di danno risarcibile è ricavato dall'insegnamento civilistico tradizionale. Solo in caso di successivo inadempimento di un contatto già concluso il risarcimento del danno dovrebbe essere parametrato all'utilità ricavabile dall'esecuzione del contratto stesso. Viceversa, la mancata stipulazione del contratto renderebbe risarcibile soltanto la pretesa ad essere riportati nella stessa condizione in cui il soggetto si sarebbe trovato se non ci fosse stato l'illecito della controparte e, dunque, se la trattativa non fosse iniziata[26].

L'applicazione di siffatti principi alla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione appare senz'altro condivisibile. Ove così non fosse, e dunque il risarcimento fosse parametrato all'utilità economica ricavabile dall'esecuzione del contratto, si finirebbe per concedere al privato una sorta di "aggiudicazione per equivalente", così eliminando, in ultima analisi, la soccombenza nel precedente giudizio.

Per quanto attiene al momento a partire dal quale l'affidamento del privato è meritevole di tutela, il collegio in prima battuta ribadisce come, di regola, sia necessaria l'aggiudicazione. Immediatamente dopo, tuttavia, precisa come l'affidamento meritevole di tutela possa sussistere anche prima di tale momento, purché sia "ragionevole". E la ragionevolezza, lungi da forme di automatismo, deve essere oggetto di un accertamento in concreto che tenga conto del grado di avanzamento della procedura e, dunque, sulla scorta di una valutazione da compiersi caso per caso.

Tale assunto, del resto, rappresenta un approdo ormai condiviso dalla giurisprudenza sia amministrativa che civile le quali, invece, continuano ad assestarsi su posizioni nettamente contrastanti in ordine al profilo della giurisdizione[27].

5.1. L'assenza di colpa in capo al concorrente: rilevi critici

Gli ulteriori requisiti in presenza dei quali può riconoscersi il diritto al risarcimento del privato attengono all'elemento soggettivo dei concorrenti, ed in particolare: da un lato, il carattere almeno colposo della condotta amministrativa; dall'altro, l'assenza di colpa in capo all'affidamento del concorrente. Se in relazione al primo aspetto la sentenza si limita a rinviare alle considerazioni già effettuate in passato, più significative appaiono le determinazioni che essa compie con riferimento al secondo.

Come anticipato, gli eventuali profili di colpa addebitabili al concorrente si atteggiano in termini diversi a seconda che il provvedimento amministrativo illegittimo sia stato annullato in autotutela o in giudizio.

Nel primo caso, l'Ad. Plenaria si limita a precisare che se il motivo di illegittimità «è conoscibile dal concorrente», la responsabilità della p.a. è esclusa. Tale affermazione, in verità, appare piuttosto laconica oltre che poco attenta alle caratteristiche dell'annullamento di cui all'art. 21-*nonies*, l. 241/1990.

È noto infatti che l'affidamento rappresenta una sorta di "limite interno" all'esercizio del potere, essendo la p.a. tenuta a valutare gli interessi dei destinatari del provvedimento e a dare atto in motivazione delle eventuali ragioni di prevalenza dell'interesse pubblico che ne giustificano la loro sacrificabilità.

Riprendendo la distinzione civilistica cui si faceva riferimento, in questo contesto l'affidamento rileva non solo come regola di comportamento ma anche come regola di validità. Se così è, l'affidamento del privato ingiustamente sacrificato è suscettibile di dare luogo non tanto ad un comportamento scorretto ma, prima ancora, ad una ipotesi di cattivo esercizio del potere. La lesione dell'affidamento meritevole di tutela, in altri termini, potrebbe determinare l'illegittimità dell'annullamento e non un danno meritevole di risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale[28].

Certamente con questo non si intende affermare una sorta di incompatibilità tra esercizio legittimo del potere di autotutela e risarcimento danni, potendo comunque sussistere una situazione in cui, nonostante il legittimo esercizio del potere di annullamento, residuino i margini per un risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale.

Al tal fine, potrebbe immaginarsi una sorta di graduazione nel livello di affidamento: uno più intenso, che preclude a monte l'annullamento *ex art 21-nonies* l. 241/1990 e dunque opera come regola di validità; uno meno intenso che, pur essendo sacrificabile in ragione di un prevalente interesse pubblico, appare comunque meritevole di tutela risarcitoria e quindi agisce sotto forma di regola di comportamento.

Si tratta, all'evidenza, di un *discrimen* piuttosto delicato e di incerta perimetrazione, in relazione al quale ci si sarebbe aspettato un maggiore approfondimento da parte della sentenza in esame la quale, come accennato, sul punto è piuttosto sbrigativa.

Passando all'annullamento disposto in sede giurisdizionale, l'Adunanza Plenaria considera la notifica al controinteressato disposta ai sensi dell'art. 41, co. 2 c.p.a. come fatto idoneo ad "interrompere" l'affidamento in ordine alla legittimità del provvedimento e dunque, in ultima analisi, suscettibile di incidere sull'elemento soggettivo[29].

Il concorrente, una volta messo a conoscenza della pendenza del procedimento giudiziale, non godrebbe più di una situazione giuridica meritevole di tutela, ed in particolare del ragionevole affidamento in ordine alla conclusione del contatto, in quanto la caducazione del provvedimento a lui favorevole rappresenterebbe una evenienza non più imprevedibile.

L'approdo sembrerebbe condivisibile: a fronte di un provvedimento *sub iudice*, ragioni di prudenza dovrebbero infatti indurre ad astenersi dal compimento di operazioni volte a dare esecuzione al provvedimento stesso e ad attendere dunque l'esito del giudizio.

Da tale affermazione si ricava, *a contrario*, che in caso di annullamento giurisdizionale il solo affidamento meritevole di tutela risarcitoria è quello maturato prima della notifica del ricorso e, dunque, nel ristretto arco temporale di 60 giorni previsto dall'art. 29 c.p.a.

Se è così, l'ipotizzabilità in concreto dell'affidamento incolpevole finisce, però, per essere molto limitata essendole riconosciuto un ambito di applicazione piuttosto scarso.

Per convincersene, è sufficiente avere riguardo alle conclusioni cui la stessa Adunanza Plenaria giunge in relazione al caso concreto.

Nel restituire il giudizio alla sezione remittente e nel ribadire l'esclusione di ogni automatismo in ordine all'affidamento meritevole di tutela, invita a considerare come la ricorrente, proprio

in virtù del ruolo di controinteressata assunto nel giudizio di annullamento, «*oltre ad acquisire consapevolezza della caducità del provvedimento conclusivo a sé favorevole, ha inoltre potuto difendere la legittimità delle clausole del bando di gara che hanno comportato l'esclusione dell'altro concorrente*»^[30].

Neppure, sempre ad avviso del collegio, potrebbe rilevare la circostanza che l'esecuzione anticipata dei lavori – cui la ricorrente aveva dato avvio – fosse stata ordinata dall'amministrazione. Per tale evenienza il legislatore, all'odierno art. 32, co. 8 cod. appalti, prevede espressamente una tutela indennitaria pari al rimborso delle spese sostenute.

Quest'ultima, tuttavia, resta una responsabilità per fatto lecito che nulla dice in ordine ai presupposti dell'illecito aquiliano rispetto alla quale, al contrario, presenta carattere di incompatibilità.

In conclusione, allora, e volendo provare a fornire un giudizio riassuntivo sulla portata della pronuncia *de qua*, potrebbe affermarsi che per quanto in linea teorica il campo di applicazione della responsabilità precontrattuale da provvedimento favorevole poi annullato sia piuttosto esteso e volto a comprendere l'intera procedura di evidenza pubblica, all'atto pratico poi, i requisiti enunciati dal Consiglio di Stato, ed il cui onere probatorio è posto in capo al concorrente, risultano piuttosto stringenti e di difficile realizzazione. L'approccio particolarmente garantista assunto nella prima parte della sentenza, in altri termini, rischia di venire vanificato dalle stringenti condizioni indicate nella seconda parte della sentenza stessa.

[1] Si allude a Cons. Stato, Ad. Plen, sent., 29 novembre 2021, nn. 19 e 20 per le quali si rinvia alle considerazioni svolte da C. Napolitano, *Legittimo affidamento e risarcimento del danno: la Plenaria si pronuncia (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20)*, in *questa Rivista*, dicembre 2021.

[2] V. Cons. Stato, Sez. V, sent. del 9 dicembre 2008, n. 6057.

[3] Con determinazione dell'8 maggio 2008, n. 37.

[4] T.a.r. Campania – sede di Napoli, sez. VIII, sent. 3 ottobre 2012, n. 4017.

[5] Così Cons. Stato, Sez. V, sent. 17 gennaio 2014, n. 183; nello stesso senso cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, sent. 29 ottobre 2014, n. 5346.

[6] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, sentenza 20 dicembre 2017, n. 5980; Cons. Stato, Sez. VI, sent. 5 settembre 2011, n. 5002; T.a.r. Campania, Napoli, Sez. VIII, sent. 3 ottobre 2012, n. 4017.

[7] Cons. Stato, Sez. II, ord., 6 aprile 2021, n. 2743, punto 11.

[8] In particolare venivano menzionate le sentenze n. 6 del 5 settembre 2005 e n. 5 del 4 maggio 2018.

[9] Il riferimento è in particolare ad Ad. Plen. n. 5/2018.

[10] In questi termini si è espresso ad es. Cons. Stato, Sez. VI, sent. 13 agosto 2020, n. 5011.

[11] Comma aggiunto dall'art. 12, co. 1, let. a), legge 11 settembre 2020, n. 120 di conversione, con modificazioni, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 recante “Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali”.

[12] Cfr in tal senso Cass. civ., Sez. II, 15 aprile 2016, n. 7545; Sez. III, 29 marzo 2007, n. 7768.

[13] È questa l'opinione prevalente nella giurisprudenza amministrativa; v. da ultimo, Cons. Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237.

[14] Così Cass., Sez. I, sent. luglio 2014, n. 15260.

[15] In tal senso ad es. Cons. Stato, Sez. V, sent. 15 luglio 2013, n. 3831.

[16] Il riferimento è alla più volte menzionata sent. 4 maggio 2018, n. 5. Nello stesso senso v. anche sent. 19 novembre 2021, n. 20 secondo cui 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».

[17] Sul tema la sentenza non si dilunga, limitandosi a rinviare nuovamente alle considerazioni svolte in Ad. Plen. n. 5/2018.

[18] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. 23 agosto 2016, n. 3674.

[19] Si erano espressi in tal senso, fra gli altri, M.S. Giannini, *La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione Pubblica*, in *Studi in onore di Jemolo*, Milano, 1963, 263 e ss.; M. Nigro, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, 462 e ss. L. Santucci, *Considerazioni in tema di culpa in contrahendo della Pubblica Amministrazione*, in *Foro it.*, 1964, I, 301 e ss.; F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 816 ss. Si veda anche F. Manganaro, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Diritto amministrativo*, 2016, pp. 93-106, che ricostruisce il pensiero di A. Romano Tassone sulla tematica in esame.

[20] Tra le prime pronunce di questo nuovo indirizzo v. Cass., Sez. Unite, 21 ottobre 1974 n. 2972; nello stesso senso anche Cass., Sez. Unite, 12 maggio 2008, n. 11656.

[21] In tal senso cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831; ID., 14 aprile 2015, n. 1872. Cons. Stato, Sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638; Cons. Stato, Sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236. In dottrina, si rinvia a S. Amato, *I nuovi confini della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.1, 2014, pag. 1; F. Forte -M.S. Forte, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative: natura della responsabilità precontrattuale* in *Corriere giur.*, Speciale 2/2013, 29; G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 198 e ss.; F. Manganaro, *Riflessioni su talune recenti tendenze in tema di riparto di giurisdizione e responsabilità civile dell'amministrazione*, "Giustamm.it", 2009; 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; A. Di Majo, *La responsabilità pre-contrattuale della pubblica amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.4, 1 Agosto 2020, pag. 291.

[22] In argomento, v. C. Sconamiglio, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, fasc.3, 2008, pag. 599; V. Mariconda, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, *Corr. Giur.*, 2008, 230 s.; G. D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996; ID., *La responsabilità precontrattuale*, in *Rimedi* – 2, vol. V (a cura di V. Roppo), in *Trattato del contratto* (diretto da V. Roppo), Milano 2006.

[23] Per una disamina più approfondita sulla buona fede della p.a. v., *ex multis*, A.D. Diana, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, Padova, 2000, 44 e ss.; S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico, Responsabilità precontrattuale*, Milano, 2003, 1267 e ss.; F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, giugno 2001, a cura di L. Garofalo, vol. III, Padova, Cedam, 2003; E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *ivi*; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 1023 e ss.

[24] In particolare la rimessione all'Ad. Plen. era stata disposta dalla sez. II, ord. 24 novembre 2011, n. 515 che sottolineava come un perdurante orientamento giurisprudenziale, al quale la stessa sezione rimettente aderiva, riteneva che la responsabilità precontrattuale non fosse configurabile anteriormente alla scelta del contraente. Sul punto, cfr. Cons. Stato,

Sez. V, 21 agosto 2014 n. 4272; Cons. Stato, Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; Cons. Stato Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146).

[25] Nello specifico, al punto 51 della sent. n. 5/2018 si legge che «Oltre alla puntuale verifica dell'esistenza dell'affidamento incolpevole, occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo. Significativo, sotto tale profilo, lo spunto offerto, ai fini di una ricostruzione sistematica della responsabilità da comportamento scorretto, dal già richiamato art. 2-bis legge n. 241 del 1990, che, nel tipizzare uno specifico caso di scorrettezza procedimentale (il ritardo), ha espressamente previsto che l'inosservanza del termine (comportamento oggettivamente scorretto) è fonte di responsabilità solo se ne risulti il carattere doloso e colposo. È evidente, in tale previsione normativa, il richiamo all'art. 2043 c.c. e al relativo regime probatorio; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'amministrazione».

[26] In tal senso cfr. Cass., Sez. Unite, sent. 19 dicembre 2017, n. 26725. Per un approfondimento sul danno risarcibile in caso di responsabilità precontrattuale nell'ambito delle trattative tra privati, si rinvia alle considerazioni di C. Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano 1990, 755; Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino 2009, 78 ss.; C. Carnicelli, *Risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale: qualificazione e quantificazione*, in *Giust. civ.*, fasc. 6, 2011, pag. 293; G. Anzani, *Interesse positivo e interesse negativo nelle diverse forme di responsabilità civile*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 5, maggio 2019, pag. 1692.

[27] Secondo le Sez. Unite, la giurisdizione dovrebbe essere attribuita al g.o. (Sez. Un. ord. nn. 6594, 6595, 6596 del 2011; sent. n. 2020/8236); per l'Ad. Plen. spetterebbe invece al g.a. (Ad. Plen. n. 19/2021). In argomento, si rinvia alle considerazioni di 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 *questa Rivista*, maggio 2020.

[28] Sul ruolo dell'affidamento nell'ambito dell'annullamento in autotutela, v. M. Trimarchi, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1, 2017; M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, p. 99 e ss.; F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2005, p. 847; ID., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *ivi*, fasc. 3, 2018, pag. 823; F. Francario, *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, Edizioni Scientifiche, 2010.

[29] Sui destinatari della notificazione del ricorso si rinvia a G. Tropea, *Ricorso principale, ricorso incidentale e costituzione delle parti*, in AA.VV. *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo* (a cura di B. Sassani – R. Villata), Giappichelli, Torino, 2012, pp. 470 e ss.

[30] Punto 22, della parte in Diritto. Considerazioni analoghe sono contenute anche in Ad. Plen. n. 20/2021 ove si legge che con l'esercizio dell'azione di annullamento il controinteressato è posto «nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui, ai sensi dell'art. 29 cod. proc. amm., l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi induce per un verso ad 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 ed addirittura da questo avvertita allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio».

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2365 – 9 giugno 2022

Il principio di (im)modificabilità dei raggruppamenti di imprese (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 25 gennaio 2022, n. 2)

di Domenico Bottega

Sommario: 1. Premessa. - 2. La vicenda. - 3. L'art. 48 del codice dei contratti pubblici. - 4. L'interpretazione restrittiva: l'inapplicabilità dei commi 17 e 18 alla "fase di gara". - 5. L'interpretazione estensiva: l'applicabilità dei commi 17 e 18 anche alla "fase di gara". - 6. L'ordinanza di rimessione alla Plenaria. - 7. La decisione dell'Adunanza Plenaria. - 8. L'antinomia assoluta. - 9. I criteri di risoluzione delle antinomie. - 10. L'interpretazione correttiva. - 11. La risoluzione dell'antinomia: l'interpretazione secondo ragionevolezza o costituzionalmente orientata. - 12. Un problema per certi versi chiuso, per altri aperto: quando si conclude "la fase di gara"? - 13. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria in commento compone il severo contrasto formatosi in seno al Consiglio di Stato sull'interpretazione del comma 19-ter dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici e risponde, in senso affermativo, al quesito se sia consentito escludere dal R.T.I. l'impresa che, in fase di gara, abbia perso uno dei requisiti di ordini generale di cui all'art. 80, e consentire ai restanti associati di "riorganizzarsi", senza essere pretermessi dalla selezione. La Plenaria giunge a tale esito interpretativo apparentemente senza aderire ad alcuno dei due orientamenti, bensì componendo una "antinomia assoluta" generata da una tecnica legislativa "poco sorvegliata". Al di là del risultato ermeneutico cui si perviene, è interessante il percorso argomentativo svolto da colui che è l'interprete per eccellenza – ossia il giudice – di fronte a una (apparente) contraddizione dell'ordinamento.

2. La vicenda.

Nell'ambito della procedura di affidamento dei lavori di ampliamento alla terza corsia del tratto autostradale Firenze Sud – Incisa è accaduto che, al termine delle operazioni di gara e nelle more dell'espletamento del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, i rapporti tra la stazione appaltante e una società mandante dell'A.T.I. aggiudicataria si siano incrinati per vicende legate ad altre commesse^[1]. Tale società ha deciso allora di recedere dal raggruppamento di imprese, il quale ha domandato all'Amministrazione la possibilità di rimodulare la propria compagine interna^[2].

La richiesta è stata rigettata dalla stazione appaltante, che ha quindi deciso di escludere l'intero raggruppamento dalla gara, sulla base del fatto che la mandante di cui si è detto si fosse resa responsabile di “significative e persistenti carenze nell'esecuzione di precedenti contratti d'appalto che hanno causato la risoluzione per inadempimento contrattuale”, rilevanti come causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *c-ter*, del codice dei contratti pubblici, come pure di condotte qualificabili come “gravi illeciti professionali” di cui all'art. 80, comma 5, lett. *c*), del codice, “tali da rendere dubbia l'integrità e l'affidabilità”, per essere gli inadempimenti “numerosi, ravvicinati nel tempo e coevi allo svolgimento della procedura di gara in oggetto”. In aggiunta, è stata rigettata la richiesta di autorizzazione alla modifica soggettiva del raggruppamento, difettando – a detta della stazione appaltante – dell'esplicitazione delle esigenze organizzative legittimanti tale domanda e in ragione del breve lasso di tempo trascorso tra i provvedimenti di risoluzione e di revoca e la comunicazione di recesso (la richiesta in parola è stata ritenuta essere “finalizzata ad eludere la perdita di un requisito di partecipazione alla gara da parte della mandante” che era incorsa nelle cause di esclusione predette^[3]).

Il provvedimento è stato allora impugnato avanti il T.A.R. Toscana, che lo ha annullato, dando applicazione al combinato disposto dei commi 18 e 19-*ter* dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, in base ai quali – nella lettura offerta dal Giudice fiorentino – deve essere consentita la possibilità di modificare la composizione soggettiva del consorzio partecipante, in corso di gara e in corso di esecuzione, ove sia sopraggiunta la perdita, da parte di una società mandante, di uno o più dei requisiti morali e professionali di cui all'art. 80.

Non dello stesso avviso – nei termini di cui si dirà – si è dimostrato il Consiglio di Stato che, nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria da cui è poi scaturita la sentenza qui in commento, ha osservato che il dato normativo non è così perspicuo da consentire di affermare *sic et simpliciter* che l'interpretazione delle disposizioni conduca a un unico esito interpretativo.

Onde apprezzare la portata del problema e comprendere la soluzione offerta dal Supremo Concesso della giustizia amministrativa, vale la pena partire dal dato legislativo di riferimento.

3. L'art. 48 del codice dei contratti pubblici.

L'art. 48, d.lgs. n. 50/2016, si occupa dei “raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici”, due tra le forme collaborative tra imprese di maggiore successo, finalizzate alla partecipazione alle procedure a evidenza pubblica. I raggruppamenti temporanei sono assai diffusi nel panorama delle procedure a evidenza pubblica, consentendo a più operatori, di diversa capacità economica, tecnica ed organizzativa, di eseguire commesse pubbliche congiuntamente ad altre imprese, pur mantenendo la propria autonomia^[4]: la dottrina ha individuato in tale istituto una “funzione antimonopolistica”, fungendo da vero e proprio argine al predominio delle grandi imprese^[5].

Ci si vuole innanzitutto concentrare sul comma 9 dell'art. 48, che sancisce il divieto di mutamento della compagine soggettiva dei raggruppamenti temporanei, da cui si fa discendere il principio di immutabilità soggettiva del R.T.I.: principio che, originariamente, doveva intendersi esteso a tutta la procedura di gara, dalla presentazione dell'offerta alla conclusione dell'esecuzione del contratto, al fine di consentire alla stazione appaltante una verifica preliminare e piena del possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai partecipanti, verifica che non doveva essere vanificata in corso di gara con modifiche di alcun genere^[6].

Il principio aveva già subito alcune deroghe da parte dell'abrogato “codice appalti”, precisamente dall'art. 37, co. 18 e 19, oggi riprodotti e ampliati dai commi 17 e 18 dell'art. 48.

Il comma 17 inizialmente prevedeva che, “in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dal contratto”.

Nelle medesime circostanze, per il caso in cui tali eventi colpiscano una delle società mandanti, in base al comma 18 “il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”^[7].

I due commi sono stati oggetto di una novella recata dal “decreto correttivo” n. 56/2017, il quale ha aggiunto una fattispecie al novero di quelle suddette in cui è consentita una modifica della compagine societaria: il caso in cui la mandataria ovvero una delle mandanti perdano, in corso di esecuzione, uno dei requisiti di cui all'art. 80. Il medesimo decreto ha altresì previsto, con l'introduzione del comma 19-ter all'art. 48, che “le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara”.

Il quesito ermeneutico sottoposto alla Plenaria verte proprio intorno al combinato disposto del comma 17 ovvero del comma 18, da un lato, e il comma 19-ter, dall'altro, in particolare con riguardo alle conseguenze in capo al R.T.I., nell'ipotesi in cui la mandataria o una delle

mandanti vengano a difettare di uno dei requisiti generali di partecipazione: è possibile ricorrere ai “meccanismi riparativi” di cui ai commi 17 e 18, che consentono la sostituzione del soggetto colpito dalla causa escludente, solo se la sopravvenuta perdita occorre “in corso di esecuzione”, così come testualmente prevedono i commi 17 e 18, ovvero anche se ciò accade “in fase di gara”, per effetto di quanto disposto dal comma 19-*ter*?

Detto in altri termini, i commi 17 e 18, riferendosi alla “perdita ... dei requisiti di cui all’articolo 80” che avvenga “in corso di esecuzione” mirano a escludere l’applicazione del comma 19-*ter* a questa fattispecie ovvero tale specificazione deve essere letta come ultronea o inutile ovvero ancora come coerente con l’impianto dei due commi, che si occupano di quanto accade nel corso dell’esecuzione del contratto, e pertanto non osta a che operi la predetta sostituzione, anche se il venir meno di uno dei requisiti generali sopraggiunge durante la “fase pubblicistica” della competizione?

Pare utile partire dall’analisi della posizione più restrittiva, che esclude l’applicabilità del comma 19-*ter* alla sopravvenuta perdita in corso di gara di un requisito di cui all’art. 80, per poi passare a esaminare quella più estensiva, che invece estende l’applicazione del comma 19-*ter* a tutte le ipotesi elencate dai commi 17 e 18.

4. L’interpretazione restrittiva: l’inapplicabilità dei commi 17 e 18 alla “fase di gara”.

Non poche sono state le sentenze che hanno deciso secondo l’interpretazione più restrittiva, per cui il comma 19-*ter* non si applicherebbe in caso di sopraggiunta mancanza di uno dei requisiti di cui all’art. 80 in fase di gara.

Gli argomenti, benché affrontati talvolta in modo più analitico, talaltra con modalità espositive più sintetiche, sono sostanzialmente sempre i medesimi^[8].

Il primo si fonda su un’interpretazione sistematico-letterale delle disposizioni. Il punto di partenza è che i commi 17, 18 e 19 dell’art. 48 consentono che il raggruppamento possa modificare la propria composizione in conseguenza di un evento, occorso in fase di esecuzione, che priva uno dei suoi partecipanti della capacità di contrattare con la pubblica amministrazione^[9]; la modifica soggettiva del raggruppamento è eccezionalmente possibile anche “nei casi previsti dalla normativa antimafia” e in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all’art. 80 da parte della mandante o della mandataria.

Quest’ultima possibilità costituisce, però – per i fautori di tale opinione –, una deroga alla regola generale dell’immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall’impegno presentato in sede di offerta, così come è sancita dall’art. 48, comma 9.

Per tale ragione la portata applicativa del comma 19-*ter*, che “estende espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19 anche in corso di gara”, deve intendersi applicabile nei limiti e “con le precisazioni contenute nei detti commi”^[10], ivi inclusa quella per cui la “perdita dei requisiti di cui all’art. 80 [è] circoscritta espressamente alla sola fase esecutiva”. Pena, altrimenti, lo svilimento o comunque la riduzione a nullità dell’inciso “in corso di esecuzione”.

Il secondo argomento si basa sui principi eurounitari in materia di contratti pubblici, così come ribaditi nel corso del tempo dalla giurisprudenza interna. Il diritto comunitario – ancora una volta per i sostenitori della tesi in argomento – non ammette che nella fase pubblicistica, deputata alla scelta del miglior offerente, l’A.T.I. sia attraversata da una modifica soggettiva, mediante l’addizione di un soggetto esterno alla gara: in caso contrario, ossia se venisse ammesso alla selezione un soggetto diverso da quello che ha presentato l’offerta, si finirebbe per violare la *par condicio* tra i concorrenti.

La ricognizione di questo principio sarebbe stata di recente consacrata dalla pronuncia dell’Adunanza Plenaria n. 9/2021[11], che si è espressa sulla cosiddetta “sostituzione in riduzione” di uno dei partecipanti a un R.T.I. e ha affermato il principio di diritto per cui “l’art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione, nella fase di gara, del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell’art. 161, comma 6, l. fall, e non sia stata utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante, senza quindi che sia consentita l’aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento; l’evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara”.

Insomma, “la deroga all’immodificabilità soggettiva dell’appaltatore costituito in raggruppamento è solo quella dovuta, in fase esecutiva, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l’addizione di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara”: ciò, infatti, “contraddirebbe la stessa *ratio* della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscano i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente, con una diversa distribuzione di compiti e ruoli (tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l’esecuzione dell’appalto anche prescindendo dall’apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più esistente nel mondo giuridico (perché, ad esempio, incorporato od estinto)”[12].

Tale approdo ermeneutico si porrebbe poi sul solco di una risalente giurisprudenza della Plenaria, addirittura antecedente al codice dei contratti pubblici, per cui in materia di gare pubbliche il divieto di modificazione della compagine delle associazioni temporanee di imprese o dei consorzi nella fase procedurale, ossia tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, è finalizzato a impedire l’aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all’A.T.I. o al consorzio con finalità elusive della legge di gara e in spregio alla tutela della *par condicio*[13].

Dunque, ancor prima del decreto correttivo la modificazione soggettiva dei componenti di un R.T.I. era sì ammessa ma solo in senso riduttivo, a condizione che le imprese che restano a far parte del raggruppamento risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione[14].

Il terzo argomento è ancora di carattere testuale e attiene all'interpretazione letterale delle norme. A detta del Consiglio di Stato, il comma 19-ter rinvierebbe “alle ipotesi tipizzate ai precedenti commi, puramente e semplicemente, senza escludere per la perdita dei requisiti di cui all'art. 80 l'inciso «in corso di esecuzione»”: l'assenza di tale precisazione, “secondo un'interpretazione letterale e logica”, andrebbe “inteso nel senso di non consentire la modificazione soggettiva se l'evento si verifici in corso di gara”^[15].

Difatti, se “il legislatore avesse voluto estendere la rilevanza della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 in corso di gara, lo avrebbe disposto con chiarezza, introducendo il doveroso distinguo nel testo del comma 19-ter”^[16].

Tale conclusione sarebbe suffragata anche dall'impossibilità di poter “ipotizzarsi una «distrazione» del Legislatore nella formulazione della norma”: siccome il comma 19-ter è stato introdotto contestualmente alla novella dei commi 17 e 18, con la quale la fattispecie (antecedentemente non prevista) di perdita dei requisiti soggettivi è divenuta una ragione di possibile modificazione del raggruppamento, “sarebbe ... del tutto illogico che l'estensione «alla fase di gara» di cui al comma 19-ter, introdotto dallo stesso ‘decreto correttivo’ vada a neutralizzare la specifica e coeva modifica del comma 18”^[17] e dell'analogo comma 17.

In questi termini è dunque la tesi più restrittiva, in base alla quale le ragioni fin qui esposte dovrebbero indurre a ritenere che la perdita dei requisiti di cui all'art. 80 da parte della mandataria o di una delle mandanti “in fase di gara” determini l'esclusione dell'intero R.T.I., cui non è consentita alcuna modificazione soggettiva.

5. L'interpretazione estensiva: l'applicabilità dei commi 17 e 18 anche alla “fase di gara”.

Di diverso avviso un'altra parte della giurisprudenza amministrativa che, come la sentenza di primo grado che ha deciso il caso poi affrontato dalla Plenaria, ritiene che l'inciso “in corso di esecuzione” non osti all'applicazione del comma 19-ter anche all'ipotesi di perdita di uno dei requisiti generali in corso di gara^[18].

Anche in questo caso il punto di partenza è, ovviamente, la lettera della norma: siccome i commi 17, 18 e 19 si riferiscono alla fase esecutiva del rapporto, l'estensione alla fase di gara delle modifiche soggettive esplicitamente prevista dal comma 19-ter non può che riferirsi – “senza distinzione alcuna”^[19] – al complesso della disciplina recata dai tre commi.

Detto con parole diverse, l'inciso “in corso di esecuzione” riferito alla perdita dei requisiti di cui all'art. 80 sarebbe da leggersi in coerenza coi due commi (17 e 18) in cui è stato inserito, entrambi dedicati unicamente alla fase esecutiva del rapporto.

Basta leggere per intero il comma 18 per avvedersi che esso si riferisce espressamente (e solamente) alla fase esecutiva; nella parte in cui si disciplina la possibilità che la mandataria venga sostituita, si prevede infatti che “la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente Codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o

forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto”.

Altrettanto vale per il comma 17, nel quale è previsto che il mandatario, ove non indichi altra impresa al posto della mandante estromessa, “è tenuto alla esecuzione direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”.

Dunque, l’inciso aggiunto dal correttivo “...ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all’articolo 80” si inserirebbe “in modo del tutto coerente ed omogeneo in tale contesto regolatorio afferente i mutamenti intervenuti in corso di esecuzione. In particolare, la locuzione «in corso di esecuzione», di cui all’inciso aggiunto, è neutra o al più superflua dato il contesto in cui è inserita”[20].

Alle medesime conclusioni – sempre secondo questa certa giurisprudenza – conduce anche la *ratio* della novella legislativa di cui si è detto, che sarebbe “quella di apportare una deroga al principio dell’immodificabilità alla composizione dei raggruppamenti, al fine di evitare che un intero raggruppamento sia escluso dalla gara a causa di eventi sopraggiunti comportanti la perdita dei requisiti di ordine generale da parte di un’impresa componente”[21].

Se l’obiettivo del legislatore è quello di garantire la partecipazione degli operatori non colpiti da uno degli eventi elencati nei commi 17 e 18 costituiti in raggruppamento, evitando che la patologia di un operatore travolga ingiustamente anche gli altri, salvaguardando al contempo l’interesse pubblico della stazione appaltante a non perdere offerte utili, allora non vi sarebbe alcuna “ragione di operare distinzioni fra le varie sopraggiunte cause di esclusione”[22].

Peraltro, una interpretazione siffatta esclude di per sé il rischio di abuso di tale strumento, dato che la modifica soggettiva è possibile solo nei casi di sopravvenuta carenza dei requisiti, e non nell’ipotesi di “mancanza” *ab origine*, sussistente fin dalla data della presentazione della domanda di partecipazione.

6. L’ordinanza di rimessione alla Plenaria.

Così ricostruito il contrasto creatosi in seno al Consiglio di Stato, si può comprendere il motivo per cui la Quinta Sezione, con l’ordinanza n. 6959/2021, lo scorso 18 ottobre 2021 ha sottoposto il seguente quesito all’Adunanza Plenaria: “se sia possibile interpretare l’art. 48, commi 17, 18 e 19-*ter* d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione *ex art.* 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara”. A tale richiesta ne è stata aggiunta una seconda, subordinata al caso in cui venisse data risposta positiva alla prima: “precisare la modalità procedimentale con la quale detta modifica possa avvenire, se, cioè, la stazione appaltante sia tenuta, anche in questo caso, ed anche qualora abbia già negato la autorizzazione al recesso che sia stata richiesta dal raggruppamento per restare in gara avendo ritenuto intervenuta la perdita di un requisito professionale, ad interpellare il raggruppamento, assegnando congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere la propria partecipazione alla gara”.

Ci si dedicherà allora precipuamente a indagare le ragioni per cui il Collegio rimettente abbia ritenuto necessario coinvolgere l'Adunanza Plenaria.

L'ordinanza in parola, a differenza delle sentenze cui appartengono entrambi gli orientamenti descritti nei due paragrafi che precedono, mette innanzitutto l'accento sul dato letterale, affermando che, a ben riflettere, “non pare decisivo per ricavare la regola della fattispecie”: difatti l'inciso “in corso di esecuzione” – sulla cui presenza i fautori dell'interpretazione più restrittiva si sono concentrati per sostenere che costituisca un ostacolo all'applicazione del comma 19-ter anche all'ipotesi di sopraggiunta perdita dei requisiti di ordine generale – potrebbe essere stato inserito “per evitare il possibile dubbio interpretativo che il richiamo ai «requisiti di cui all'art. 80» vale a dire a quei requisiti – e a quell'articolo del codice – la cui verifica si compie in fase procedurale avrebbe potuto far sorgere circa l'effettivo ambito applicativo della disposizione”.

Insomma, “senza che lo si dica inutile o superfluo come fatto dal giudice di primo grado, od anche illogico”, l'inserzione di quell'inciso potrebbe avere^[23] lo scopo di evitare un equivoco.

Oltre a ciò, continua il Giudice, non si può dubitare che risponda a logica “l'argomento per il quale se il legislatore, introducendo il comma 19-ter all'interno dell'art. 48, avesse voluto far eccezione alla deroga e ripristinare il principio di immodificabilità del raggruppamento in caso di perdita dei requisiti generali di cui all'art. 80 del codice in fase di gara, la via maestra sarebbe stata quella di operare la distinzione all'interno dello stesso comma 19-ter, senza dar vita ad un arzigogolo interpretativo”: è infatti ben possibile sostenere che con il rinvio alle “modifiche soggettive” dei commi 17, 18 e 19, la disposizione dovrebbe consentire la modifica del raggruppamento in fase di gara per il caso in cui si presentino una tra tutte le sopravvenienze ivi previste, compresa la perdita dei requisiti generali, senza eccezioni di sorta.

Al contempo, l'ordinanza mette in guardia dal ritenere che il problema possa essere risolto così facilmente, dato che “una distonia e contraddizione tra le norme” indubbiamente c'è ed essa ricorrerebbe su di un duplice piano.

Sul piano interno, a voler seguire l'interpretazione restrittiva e quindi consentendo la modifica soggettiva del raggruppamento in corso di gara in caso di impresa sottoposta a procedura concorsuale o raggiunta da interdittiva antimafia e non invece nel caso in cui la stessa abbia perso uno o più dei requisiti generali, si finirebbe per ammettere la riorganizzazione dell'associazione di imprese in ipotesi che paradossalmente “risultano per più versi maggiormente allarmanti per l'interesse pubblico delle altre per le quali si vuole escluso”; e ciò senza tener conto del fatto che tutte le fattispecie previste nei commi 17 e 18, benché ciascuna abbia la sua peculiarità, sono accumulate dal fatto di essere “incidenti” che denotano la perdita dell'integrità dell'operatore economico per la sua condotta professionale^[24] ovvero la perdita dell'affidabilità circa la sua capacità di eseguire le prestazioni oggetto del contratto in affidamento^[25].

Sempre sul piano interno, il Collegio fa notare la possibile distonia tra la possibilità, oggi concessa dai commi 17 e 18, a seguito dell'intervento del “decreto correttivo”, di modificare – in fase di esecuzione – i componenti del raggruppamento anche in caso di perdita dei requisiti di partecipazione *ex art.* 80, “quand'ormai la stazione appaltante ha ben poche

possibilità di vagliare l'affidabilità del raggruppamento per come riorganizzatosi al venir meno di un suo componente, con ogni possibile incertezza sulla residua capacità di esecuzione”, e l'impossibilità di operare la medesima modifica “in fase di gara quando è ancora in tempo ad effettuare ogni verifica sui rimanenti componenti”: scelta che – se il legislatore effettivamente avesse compiuto – parrebbe effettivamente poco logica.

Quanto al piano esterno, l'interpretazione estensiva non dovrebbe essere foriera di problemi, “perché se è vero che la deroga al principio di immodificabilità dei raggruppamenti per sopravvenuto assoggettamento a procedura concorsuale di un soggetto aggregato o per adozione nei suoi confronti di una misura prevista dalla normativa antimafia evita che le vicende dell'uno possano ripercuotersi su tutti gli altri, in situazioni in cui non sia incisa la capacità complessiva dello stesso raggruppamento che, riorganizzatosi al suo interno, sia ancora in grado di garantire l'esecuzione dell'appalto”, è indubbio, seguendo questa via di ragionamento, che le medesime “ragioni possano condurre a dire giustificata la deroga all'immodificabilità del raggruppamento per la perdita dei requisiti generali di partecipazione e, specularmente, a dire non giustificato un diverso trattamento di detta vicenda”.

Sembra quindi che non pochi siano gli aspetti problematici che genererebbe l'adesione alla tesi restrittiva, benché residui un problema di contraddizione tra norme, a voler sposare l'interpretazione estensiva.

Ebbene, essendosi già verificato (e prospettandosi ancora possibile) un contrasto giurisprudenziale per differente ermeneutica delle norme suddette, la Quinta Sezione ha rimesso la causa all'Adunanza Plenaria, affinché questa risponda ai quesiti sopra riportati.

7. La decisione dell'Adunanza Plenaria.

Vale la pena partire dalle conclusioni, per poi analizzare punto per punto il ragionamento offerto dall'Adunanza Plenaria. Quest'ultima ha ritenuto “che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice. Ne consegue che, laddove si verifichi la predetta ipotesi di perdita dei requisiti, la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intenda effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, provveda ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione”.

Prima di risolvere i quesiti devoluti, il Giudice propone alcune osservazioni preliminari, utili a “inquadrare” la tematica oggetto del contendere.

La prima concerne la regola generale contenuta nell'art. 48, co. 9, a mente del quale “è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta”, fatto “salvo quanto disposto ai commi 17 e 18”, i quali quindi costituiscono – per espressa previsione legislativa – due ipotesi eccezionali al predetto principio.

Le due disposizioni – scrive la Plenaria – debbono essere interpretate alla luce di quanto affermato dalla propria sentenza n. 10/2021, per cui la sostituzione del mandatario o della mandante è consentita unicamente “con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti”; negli stessi termini – ossia solo mediante una sostituzione “in diminuzione” e mai “per addizione[26]” – deve leggersi il comma 19, che ammette il recesso di una o più imprese raggruppate “esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento”; è vietato valersi di questi “meccanismi” per “eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara”[27].

Il comma 9 cristallizza dunque il principio generale di “immodificabilità” della composizione del raggruppamento, di cui costituiscono eccezioni sia le due ipotesi di cui ai commi 17 e 18, richiamati dallo stesso comma 9, che quella di cui al comma 19: una pluralità di esclusioni – commenta la Plenaria – “tali per la verità (stante il loro numero) da render[e] sempre meno concreta l’applicazione” del principio in parola, se si pensa che a esse deve pure aggiungersi il più volte citato comma 19-ter[28].

Fatte tali premesse, si può quindi passare a esaminare il problema interpretativo.

8. L’antinomia assoluta.

A detta della Plenaria, la difficoltà di dare applicazione ai commi 17, 18 e 19-ter sarebbe ingenerato da una “antinomia normativa”, causata da “una tecnica legislativa non particolarmente sorvegliata”[29].

Come già si è detto, l’art. 32, co. 1, lett. h), d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56, ha introdotto nel testo dell’art. 48, per quel che qui interessa, due modifiche: la prima ai commi 17 e 18, aggiungendo alle sopravvenienze già ivi presenti anche il “caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all’art. 80”; la seconda consistente nell’aggiunta dell’intero comma 19-ter, il quale prevede che “le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara”.

Per il Consiglio di Stato l’antinomia si concreterebbe nel fatto che, da un lato, “il riferimento espresso al «corso dell’esecuzione», contenuto nei commi 17 e 18, farebbe propendere per ritenere l’ipotesi di «perdita dei requisiti di cui all’art. 80», come limitata ad una sopravvenienza che si verifichi in quella fase”; dall’altro lato, che “l’ampia dizione del comma 19-ter rende[rebbe] applicabili tutte le modifiche soggettive contemplate dai commi 17 e 18 (quindi anche la predetta «perdita dei requisiti di cui all’art. 80»), anche in fase di gara”.

Prima di passare in rassegna la modalità con cui l’Adunanza Plenaria ha risolto l’antinomia, vale la pena ricordare cosa essa sia.

Il termine ‘antinomia’ significa opposizioni di norme o regole[30], incompatibilità tra di esse[31]: è la situazione per cui due norme non possono essere entrambe vere (cioè validamente applicabili)[32]. Più precisamente, perché si abbia un’antinomia è necessario che le norme appartengano allo stesso ordinamento e che le stesse abbiano lo stesso ambito di validità (temporale, spaziale, personale, materiale). A sua volta, a seconda che l’ambito di validità sia uguale, in parte uguale e in parte diverso, in parte uguale ma non anche in parte

diverso, l'antinomia si presenta, rispettivamente, come "totale-totale", "parziale-parziale", "totale-parziale"[33]; gli interpreti ritengono tuttavia che solo la prima sia la vera antinomia[34], quella che viene anche denominata antinomia assoluta, posta da fonti contemporanee, entrambe generali (o entrambe speciali), equiparate gerarchicamente e ambedue competenti[35].

Non sono poi molti i casi in cui si riscontrano delle antinomie di tal fatta, non rinvenendosi poi così spesso nell'ambito di uno stesso atto normativo una incompatibilità tra disposizioni non risolvibile mediante semplice interpretazione[36]: in queste ipotesi, il contrasto è talmente importante che il più delle volte il legislatore è obbligato a intervenire direttamente, emanando una norma abrogativa o modificativa di una delle due disposizioni in conflitto[37].

Vale allora la pena di capire se, alla luce di queste coordinate, le due disposizioni che riguardano la fattispecie di nostro interesse (i commi 17 e 18, da un lato, e il comma 19-ter, dall'altro) siano effettivamente in opposizione tra loro.

Le due norme "che non possono essere entrambe vere" sono le seguenti: la prima, "in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico ..." (così il comma 17 e specularmente il comma 18[38]) e la seconda, "le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara" (così comma 19-ter).

A onor del vero, non pare così scontato che ci si trovi davanti a un caso di antinomia: o meglio, il contrasto insanabile tra le due disposizioni si rinviene, solo se si accede a una certa lettura delle stesse; precisamente, si ha antinomia se l'inciso "in corso di esecuzione" si interpreta in senso fortemente esclusivo, ossia come "*solo* in corso di esecuzione".

Diversamente, infatti, il comma 19-ter, che prevede l'applicazione dei commi 17, 18 e 19 "anche" in fase di gara, lascia chiaramente intendere che le tre disposizioni trovano applicazione di per sé in fase di esecuzione e, per effetto della novella, "anche" in quella successiva: aderendo a questa interpretazione, non si avrebbe alcuna antinomia.

Beninteso, non si intende con queste righe banalizzare o semplificare il problema ermeneutico affrontato dalla Plenaria, bensì dimostrare che l'interpretazione letterale delle disposizioni, alla luce della loro *ratio*, consente un'esegesi che dà loro un significato, in grado di superare i dubbi applicativi, senza, peraltro, privare di significato – o considerare *tamquam non esset* – l'inciso "in corso di esecuzione. Non è questa, però, la strada seguita dal Consiglio di Stato, che invece rinviene un'antinomia assoluta tra le due disposizioni sopra enunciate.

Sulla prima già si è detto molto: l'espressione "in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80" farebbe "propendere per ritenere l'ipotesi di «perdita dei requisiti di cui all'art. 80», come limitata ad una sopravvenienza che si verifichi in quella fase".

Sulla seconda, che genererebbe un'antinomia con la precedente, se letta nel senso per cui "l'ampia dizione del comma 19-ter" sia tale da rendere "applicabili tutte le modifiche soggettive contemplate dai commi 17 e 18 (quindi anche la predetta «perdita dei requisiti di cui all'art. 80»), anche in fase di gara", deve ancora indugiarsi.

Si deve infatti evidenziarne *in primis* il carattere poco perspicuo: risulta difficilmente comprensibile, in questo specifico contesto, l'utilizzo dell'espressione 'modifiche soggettive ivi contemplate'.

Essa rinvia evidentemente ai tre commi più volte citati, 17, 18, e 19: le "modifiche soggettive" di cui si discorre nelle tre disposizioni sono, rispettivamente, la facoltà per "la stazione appaltante [di] proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice", l'obbligo per il "mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, [di eseguire], direttamente o a mezzo degli altri mandanti" i lavori o i servizi o le forniture ancora da eseguire, il "recesso di una o più imprese raggruppate".

Se così si devono intendere le "modifiche soggettive ivi contemplate", ci si accorge ben presto che il comma 19-*ter* non ha alcun significato. Volendo fare un esempio concreto (prendendo il caso che ha riguardato la sentenza in commento), la norma che si ricava dalla disposizione in parola avrebbe questo tenore: "la previsione di cui al comma 18", ossia l'obbligo per il mandatario di eseguire i servizi, nel caso in cui, il mandante, in corso di esecuzione, perda uno dei requisiti di cui all'articolo 80[39], trova applicazione anche laddove la modifica soggettiva contemplata nel comma 18, ossia la sostituzione del mandante pretermesso con altro operatore già parte del R.T.I., si verifichi in fase di gara.

Ci si avvede subitaneamente che non ha alcun senso prevedere l'applicazione dei commi 17, 18 e 19 "anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara"; semmai, i meccanismi sostitutivi previsti da quei commi spiegheranno effetti anche laddove le *sopravvenienze* ivi contemplate si verifichino in fase di gara. È infatti evidente che la modifica soggettiva si potrà avere, ossia potrà dirsi autorizzabile dalla stazione appaltante, al ricorrere di uno di quelli eventi elencati dalla disposizione. Detto in altro modo, è il comma 19-*ter* a consentire la modifica soggettiva (ossia l'applicazione dei commi 17, 18 e 19) in fase di gara: ciò, però, non allorquando "le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara", bensì per l'ipotesi in cui quei certi "incidenti di percorso" (procedure concorsuali, perdita dei requisiti *ex art.* 80 ecc.) si verifichino in corso di gara.

La giurisprudenza che si è occupata del tema sembra aver ignorato un dettato legislativo così maldestro, interpretando il comma 19-*ter* sempre nei termini appena detti, benché non possa passare sottotraccia che anche tale formulazione letterale debba attribuirsi a una "tecnica legislativa non particolarmente sorvegliata", per usare le parole della Plenaria.

Se questo è allora il significato – probabilmente l'unico – da attribuirsi al comma 19-*ter*, la norma che si ricava quanto al caso che ci riguarda sarà la seguente: "la previsione di cui al comma 18", ossia l'obbligo per il mandatario di provvedere all'esecuzione dei servizi, nel caso in cui il mandante, in corso di esecuzione, perda uno dei requisiti di cui all'articolo 80[40], trova applicazione anche laddove la sopravvenienza contemplata nel comma 18, ossia la perdita, in corso di esecuzione, di uno dei requisiti di cui all'articolo 80, si verifichi in fase di gara.

Anche al termine della ricostruzione di questi passaggi ermeneutici, ci si avvede che non è poi antinomica la previsione di estendere determinati effetti all'ipotesi in cui un certo evento (la perdita di uno dei requisiti di cui all'articolo 80), pensato per accadere in corso di esecuzione, si verifichi invece in fase di gara.

Tale conclusione è ancora più vera, se si considera il caso ipotetico (e radicale) in cui sia al comma 17 che al comma 18 fosse anteposto l'inciso "in corso di esecuzione", riferito a tutte le ipotesi ivi contemplate: nulla sarebbe cambiato quanto all'applicazione del comma 19-ter, che richiama le sopravvenienze ivi elencate, ossia gli accadimenti riportati dalle tre disposizioni, nella consapevolezza (del legislatore) che i tre commi hanno effetti in corso di esecuzione ed è dunque necessaria un'altra disposizione (il comma 19-ter) per estenderne la portata applicativa *anche* alla fase di gara.

Non ha dunque senso sostenere che il richiamo del comma 19-ter alle fattispecie elencate ai commi 17, 18 e 19 sarebbe da intendersi nei limiti e "con le precisazioni contenute nei detti commi"^[41], perché è evidente che tutte quelle fattispecie si riferiscono a sopravvenienze in corso di esecuzione del contratto: se così non fosse stato, non ci sarebbe stato bisogno di introdurre il comma 19-ter ed estendere gli effetti di quelle disposizioni alla fase antecedente all'esecuzione del contratto.

Vale comunque la pena, nonostante, per quel che si è detto, si debba fare un certo sforzo per vedere un'antinomia nelle due disposizioni suddette, proseguire l'analisi del ragionamento dell'Adunanza Plenaria.

9. I criteri di risoluzione delle antinomie.

In presenza di un'antinomia – è noto – deve darsi applicazione ai cosiddetti criteri di risoluzione, che sono il criterio cronologico, quello gerarchico e quello di specialità.

Non è questa la sede per ripetere concetti risaputi e ben noti a tutti gli interpreti: ci si limiterà quindi a qualche sintetica considerazione in merito. Quanto al criterio cronologico, vale la pena ricordare che esso "esprime l'essenziale temporalità di ogni ordinamento positivo"^[42], andando a regolare il conflitto tra norme poste da atti normativi dello stesso tipo secondo quanto dispongono i diversi ordinamenti positivi (ad esempio, nel nostro ordinamento, le varie figure di legge: costituzionale, ordinaria, regionale; i vari tipi di regolamento: governativo, ministeriale, regionale, provinciale, comunale, ecc.). Sulla base di tale criterio si risolvono quindi "antinomie «apparenti» tra norme incompatibili poste nell'ambito dello stesso tipo di fonte e non già tra norme appartenenti a fonti diverse"^[43]. Per la soluzione di queste ultime antinomie varranno i criteri stabiliti dai singoli ordinamenti positivi, i quali, differenziando i tipi di atti normativi stabiliscono pure, esplicitamente o implicitamente, le (possibili) relazioni tra le norme corrispondenti. Il criterio cronologico si applicherà quindi in ogni altra ipotesi, con l'effetto, di carattere relativo, di incidere non sulla validità della norma abrogata, bensì sulla sua limitazione di efficacia (*pro futuro*).

Il secondo criterio è quello gerarchico, in base al quale, in caso di antinomia fra norme collocate a livelli gerarchici diversi, la norma superiore "rende annullabile"^[44] quella inferiore irregolare: nel nostro ordinamento antinomie fra una norma costituzionale e una contenuta in una legge ordinaria vengono regolate secondo il criterio in parola (artt. 134, 136 e 138 Cost.), così come fra una norma contenuta in una legge e una contenuta in un regolamento (art. 4, co. 1, Prel.); è vero comunque che la maggior parte dei rapporti sono positivamente disciplinati sulla base della ripartizione e separazione delle competenze

normative, per cui più sovente è il criterio della competenza a trovare applicazione, come sottospecie di quello della gerarchia[45].

Il terzo criterio è quello della specialità, per il quale, in caso di antinomia totale-parziale fra due norme (per cui l'ambito di validità delle stesse è in parte uguale ma non anche in parte diverso), quella speciale fa eccezione a quella generale: l'attività si risolve, più che nella rilevazione della sola norma valida in un ordinamento, nella individuazione della norma applicabile al caso di specie, ossia nella restrizione della portata della disposizione generale e nella corrispondente applicazione della norma speciale derogatoria[46].

Venendo quindi all'applicazione dei criteri suddetti nella fattispecie di nostro interesse, la Plenaria scrive che le disposizioni in contrasto tra loro sono contestuali dal punto di vista temporale, essendo "riferibili ed introdotte dalla medesima fonte": il che, oltre a rendere inapplicabile il criterio cronologico, impedisce pure di ricorrere a quello gerarchico e a quello di specialità.

Il Collegio passa dunque a indagare, "in applicazione dell'art. 12 disp. prel cod. civ., [la] lettera delle disposizioni" e la "«volontà del legislatore»".

Non è questo, tuttavia, l'approccio suggerito dalla dottrina più autorevole[47]. Nel caso in cui due norme con la stessa sfera di validità, contemporanee, pariordinate e appartenenti alla stessa sfera di "competenza" normativa, entrambe generali o speciali, siano in contrasto tra loro, ossia generino un'antinomia, non vi è alcun criterio che possa soccorrere e ciò "fa sì che l'antinomia si converta in lacuna delle norme sulla normazione"[48]: difatti, il problema della coerenza dell'ordinamento giuridico si converte in una questione sulla completezza dello stesso, dal momento che anche le norme sulla normazione (e quindi i criteri di risoluzione delle antinomie) fanno parte integrante dell'ordinamento giuridico[49].

Si è cercato quindi un quarto criterio per risolvere tali antinomie insolubili: il criterio storicamente proposto "è quello che veniva tratto dalla forma della norma"[50]. Il termine 'forma' viene utilizzato per riferirsi al "modo di presentarsi della prescrizione", ovvero sia il "modo deontico": obbligo (positivo), o divieto (obbligo negativo), permesso (positivo o negativo)[51]. Ci si domanda quindi se, a parità di grado, di sfera di validità, di tempo, di generalizzazione-specializzazione, sia possibile preferire l'una rispetto all'altra qualificazione del comportamento.

La risposta si trae da uno dei principi storico-positivi dell'ordinamento giuridico complessivamente inteso, per cui esso, nella sua ideologia di fondo, ha una ispirazione liberale (tendenzialmente permissiva): in sostanza, considerando i modi deontici delle norme di comportamento, bisognerebbe stabilire una precisa prevalenza fra obblighi, divieti, permessi e facoltà secondo un'interpretazione che favorisce la *lex permissiva* su quella *imperativa*[52]. Detto altrimenti, se è vero che "tutto ciò che non è comandato (obbligatorio o vietato) è permesso", sembrerebbe allora di poter preferire, nella situazione antinomica, il permesso al comando, positivo o negativo che sia.

Ciò vale per il caso in cui la norma giuridica in esame non sia bilaterale, altrimenti la preminenza del permesso sull'imperativo si risolve, corrispondentemente, nella preferenza della norma imperativa rispetto a quella permissiva nei confronti dell'altro destinatario. Il criterio può ritenersi valido e pacificamente applicabile, quindi, solo nell'ipotesi di antinomia

tra norme che non presentino il carattere della bilateralità (per esempio, tra due norme che impongono «doveri» od «obblighi» o, rispettivamente, «permessi», senza che al dovere o all'obbligo corrisponda una situazione attiva di pretesa, di diritto, di interesse giuridicamente protetto^[53]).

Proprio il carattere bilaterale della norma – a ogni diritto corrisponde un dovere – ha smorzato l'entusiasmo nei confronti del criterio fin qui enunciato: è infatti evidente che quando ad una norma permissiva corrisponde una norma “imperativa”, la preminenza del permesso sull'imperativo (o, meglio, della norma permissiva sulla norma imperativa) nei confronti di uno dei due destinatari della norma o delle norme (ad es. il debitore) si risolve, corrispondentemente, nella preferenza dell'imperativo sul permesso (o, meglio, della norma imperativa su quella permissiva) nei confronti dell'altro destinatario (ad es. del creditore). Il vero problema, allora, non è di far prevalere la norma permissiva sull'imperativa, o viceversa, ma di stabilire quale dei due soggetti del rapporto giuridico, ossia quale dei due interessi in conflitto debba avere la prevalenza^[54].

Il criterio, insomma, lascia la scelta all'interprete, rivelandosi quindi, più che un vero e proprio criterio di soluzione delle antinomie, “un canone ermeneutico per la composizione di disposizioni contrarie o contraddittorie e di individuazione o deduzione della norma applicabile”^[55]. Sia che si tratti, ad esempio, di preferire la norma permissiva rispetto a quella imperativa, sia di ricavare da due disposizioni contrarie la norma permissiva, l'operatore-interprete non elimina né la norma imperativa nel primo caso, né alcuna delle due potenziali norme imperative (di obbligo o di divieto) nel secondo, ma semplicemente da due disposizioni o espressioni normative tra loro contraddittorie o contrarie ricava e presceglie per l'applicazione la norma permissiva.

La strada cui conduce l'applicazione del presente criterio è quindi quella della “conservazione” di entrambe le norme incompatibili, attraverso la cosiddetta interpretazione correttiva, che presuppone il riconoscimento della semplice “apparenza” dell'antinomia: in essa non vi è modificazione alcuna delle disposizioni (apparentemente) contrastanti, ma semplicemente una possibile diversa interpretazione di un'espressione contenuta nel testo normativo.

Come si è visto, invece, l'Adunanza Plenaria non ha esplorato il “criterio deontico”. E così, dopo aver registrato l'inapplicabilità dei tre criteri di risoluzione delle antinomie classici, ha affermato che non vi sarebbero “elementi utili all'interprete [che] possono essere ricavati, in applicazione dell'art. 12 disp. prel. cod. civ., dalla lettera delle disposizioni”^[56], né qualche aiuto esegetico potrebbe ricavarsi dalle tradizionali fonti utilizzate per ricostruire la volontà del legislatore: la relazione illustrativa al d. lgs. n. 56/2017 si riduce a “poco più di una parafrasi del testo normativo”.

Ci si propone allora di tentare la strada dell'interpretazione correttiva, onde esplorare un diverso *iter* che porti ad appianare il contrasto ermeneutico insorto.

10. L'interpretazione correttiva.

Già si è detto che ad avviso di chi scrive non è poi antinomica la previsione di estendere determinati effetti all'ipotesi in cui un certo evento (la perdita di uno dei requisiti di cui all'articolo 80), pensato per accadere in corso di esecuzione, poi si verifichi in fase di gara.

Ad ogni modo, è innegabile che il dettato letterale abbia provocato la formazione di due orientamenti giurisprudenziali contrapposti: per lo meno, quindi, le disposizioni di interesse danno luogo a problemi interpretativi, che devono risolversi a mezzo di appositi criteri.

I criteri interpretativi sono i medesimi strumenti che ha a disposizione il giudice, nel caso in cui non rinvenga un'antinomia assoluta insolubile, ma anche nel caso più semplice e comune in cui vi siano due norme apparentemente incompatibili. La filosofia del diritto conosce nove argomenti giuridici^[57], che rappresentano un sottoinsieme del più ampio insieme degli argomenti retorici: oltre ai quattro menzionati dall'art. 12 delle Preleggi, ve ne sono altri cinque.

Il primo di essi è l'argomento letterale o, come nell'art. 12 Prel., del "significato proprio delle parole", che invoca il rispetto del vincolo rappresentato dal significato utilizzato dal legislatore: serve a ottenere un'interpretazione meramente linguistica, cui deve sempre seguire un'interpretazione in senso stretto, o giuridica. Il secondo è l'argomento psicologico o, come nell'art. 12 Prel., dell'"intenzione del legislatore", che richiede di attribuire a una disposizione il significato attribuitole da chi l'ha concepita. Il terzo è l'argomento *a contrario*, definito come l'argomento per cui, se il legislatore "ha esplicitamente prescritto una certa disciplina per un certo oggetto, ha implicitamente prescritto la disciplina opposta per qualsiasi altro oggetto"^[58]. Il quarto argomento è la cosiddetta *analogia legis* o argomento *a simili*, codificata nel diritto italiano dal secondo comma dell'art. 12 Prel., per cui, "se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato". Questo secondo inciso dell'art. 12, per vero, è un argomento a sé stante, la cosiddetta *analogia iuris*, per cui si ricava una norma implicita a partire da principi (generali, ma anche costituzionali).

Vi sono poi l'argomento della dissociazione, per cui l'interpretazione conduce a distinguere dal caso generico regolato un altro sotto-caso più specifico^[59]; l'argomento teleologico o della *ratio legis*, che richiede di interpretare una disposizione secondo la sua *ratio*, "in base ai fini o scopi oggettivamente perseguiti dalla norma"^[60]; l'argomento sistematico, che, più che un singolo argomento, è una famiglia di argomenti, accumulati dall'esigenza "che la norma da individuare sia comunque compatibile con le altre norme ordinate in una stessa sistematica"^[61]: fra gli argomenti sistematici, si ricordano quello topografico o della *sedes materiae*, quello dogmatico, quello della coerenza e l'interpretazione adeguatrice; vi è infine l'argomento equitativo, per il quale bisogna scegliere l'interpretazione più conforme all'equità (da intendersi come giustizia nel caso specifico) o alla giustizia (del caso generico)^[62].

Ebbene, così riassunti i principi da applicarsi alla fattispecie e consideratene le sue peculiarità, vi è che l'argomento letterale, analogico, psicologico, *a contrario* e quello della dissociazione non sono utili per risolvere il nostro caso, benché, come già si è scritto, sia una certa lettura dell'inciso "in corso di esecuzione" ad aver esacerbato il dibattito sulla questione e ad aver reso, per alcuni, inutile la sola interpretazione letterale.

Di poco aiuto è l'argomento teleologico, che comunque è bene distinguere dall'argomento psicologico, avendo un tratto interpretativo di tipo oggettivo. L'argomento teleologico richiede di risalire "all'oggettivo scopo della legge, non alla soggettiva intenzione del legislatore"^[63]: di conseguenza, mentre quest'ultima resta sempre uguale a sé stessa, l'oggettivo scopo della legge può cambiare nel tempo. L'argomento teleologico viene dunque utilizzato per fornire un'interpretazione evolutiva o innovatrice, mentre l'argomento psicologico per una lettura "originalista" o conservatrice. Nel nostro caso, trattandosi di assai disposizioni recenti, non vi è l'esigenza di adeguarle al mutato spirito dei tempi, della legge o dell'ordinamento.

Sembra, invece, decisivo l'argomento detto sistematico, in particolare il sotto-argomento topografico e quello della coerenza.

Il *punctum pruriens* è la presenza e la collocazione dell'inciso "in corso di esecuzione" nei commi 17 e 18. La Plenaria, così come anche il Giudice rimettente, non trovano convincente la tesi per cui tale espressione potrebbe essere superflua, benché, considerato che la tecnica legislativa è stata "poco sorvegliata", è un risultato che non dovrebbe poi stupire molto.

Sulla possibilità di risolvere il conflitto anche attraverso una mera esegesi letterale, già si è detto. Vi è comunque un'altra ragione che giustifica quell'esito ermeneutico e l'esistenza di questa precisazione: i commi 17 e 18 sono originariamente stati concepiti come disposizioni aventi efficacia nella fase esecutiva del rapporto; i requisiti di cui all'art. 80 sono, invece e a rigore, ragioni di esclusione dell'operatore economico "dalla partecipazione a una procedura d'appalto" e la verifica dell'insussistenza di ragioni di esclusione riguarda precipuamente la fase della selezione (o comunque la fase anteriore alla stipulazione del contratto), non la fase esecutiva: del resto, benché tale condizione di "irriprensibilità morale" debba sussistere per tutta la durata dell'appalto, non vi sono dei momenti codificati nei quali, nella fase esecutiva, la stazione appaltante debba procedere a verifiche della persistenza di tali requisiti in capo all'aggiudicatario.

Insomma, sembra possibile affermare che l'inciso fosse funzionale a non creare equivoci, ossia a inserire una previsione, com'è quella della perdita dei requisiti di cui all'art. 80, tipicamente afferente alla fase procedurale, in una disposizione riguardante ciò che accade all'indomani della stipulazione del contratto.

Sempre utilizzando l'argomento topografico, sarebbe inspiegabile la scelta del legislatore di inserire un'eccezione alla facoltà consentita dal comma 19-ter in un comma che lo precede, ossia il comma 17 ovvero il comma 18. Difatti, a voler seguire questa interpretazione, l'inciso "in corso di esecuzione" a una prima lettura della norma, che proceda dal primo all'ultimo comma dell'art. 48, non avrebbe alcun significato, bensì lo acquisterebbe solo dopo aver letto il comma 19-ter. Al di là dell'"arzigogolo interpretativo" che si avrebbe, pare evidente che il legislatore non possa aver novellato le disposizioni in questo modo.

Vi sono poi ragioni di coerenza – e si viene qui all'argomento omonimo, parte della "famiglia" dell'argomento detto sistematico – che impongono di non vedere un'eccezione, là dove essa non c'è. Il comma 19-ter, benché formulato in modo discutibile e poco perspicuo, è chiaro nei suoi intenti: rendere possibili le modifiche soggettive previste dai commi 17, 18 e 19 anche "nella fase di gara", laddove le sopravvivenze ivi contemplate si verificano in questa specifica fase. L'argomento della coerenza impone di non creare antinomie con altre

norme collocate allo stesso livello gerarchico: è evidente, invece, che l'introduzione per via interpretativa di una eccezione a una certa regola in un luogo diverso da dove quella stessa regola è sancita non risponde a coerenza. Se il comma 19-ter avesse inteso prevedere un'eccezione, non si sarebbe espresso in termini così piani da non lasciar intendere che ve ne siano: e ciò a maggior ragione nel caso di specie, in cui la modifica dei commi 17 e 18 è coeva all'introduzione del comma 19-ter.

Decisiva si presenta infine l'interpretazione adeguatrice, ossia quell'argomento che impone all'interprete di non produrre antinomie con norme collocate a un livello gerarchico superiore. Tipica dell'interpretazione costituzionale, essa rappresenta quel sottotipo di argomentazione sistematica, che consiste nell'attribuire a una disposizione solo significati conformi a costituzione o comunque a quei principi generalissimi su cui si fonda una certa materia.

Tale metodo interpretativo si concretizza in un controllo di ragionevolezza, ossia in un esame comparativo finalizzato a stabilire se il legislatore abbia legiferato ragionevolmente, trattando casi uguali in modo uguale e casi diversi in modo diverso.

Un lettore attento delle sentenze che hanno sostenuto l'interpretazione restrittiva non avrà mancato di notare che nessun interprete è stato in grado di argomentare la ragione per cui la perdita dei requisiti *ex art. 80* in fase di gara dovrebbe costituire "una colpa senza possibilità di perdono" per tutti i membri del raggruppamento di cui l'operatore economico colpito fa parte. Insomma, non vi è una buona ragione per escludere l'intero R.T.I. nel caso in cui un suo componente sia colpito, in fase di gara, da un motivo di esclusione *ex art. 80*; perché, se essa ci fosse, allora dovrebbe considerarsi incostituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost., la mancata esclusione del R.T.I., nel caso in cui un suo associato sia colpito da un'interdittiva antimafia, attesa la maggiore gravità di questa fattispecie.

Vi è poi un ultimo aspetto che l'interpretazione secondo ragionevolezza impone di prendere in esame: il netto ridimensionamento del principio di immodificabilità dei raggruppamenti di imprese nel corso del tempo. Come peraltro la stessa Plenaria osserva, le eccezioni sono oramai talmente numerose, che pare difficile continuare a predicare l'esistenza di un principio di tal fatta in termini assoluti: vi sono le ipotesi di cui ai commi 17 e 18, l'estensione degli stessi alla fase di gara per effetto del comma 19-ter, la possibilità per l'A.T.I. di riorganizzarsi in caso di recesso da parte di una delle partecipanti.

Se è ancora sostenibile che le modificazioni ammissibili sono solamente quelle che per espressa previsione di legge vengono ritenute giustificabili, è vero comunque che il loro numero non è poi così limitato. Se quindi il principio di immodificabilità deve oggi interpretarsi in questo senso, ossia in quello per cui gli incolpevoli componenti del R.T.I. non possono essere sanzionati (ed esclusi) per il sol fatto di essersi associati con un'impresa poi ritenuta non meritevole di eseguire una commessa pubblica, sicuramente nel novero delle eccezioni deve includersi la sopravvenuta perdita di uno dei requisiti di cui all'art. 80, anche se accaduta in fase di gara.

Una conclusione diversa, poi, finirebbe per svilire la funzione antimonopolistica degli R.T.I.^[64], aumentando i rischi di essere esclusi per quegli operatori che, stante la propria dimensione, sono costretti ad associarsi, e si avrebbe l'indesiderato effetto di agevolare invece

quegli operatori economici che hanno in proprio tutti i requisiti per partecipare da soli alla gara.

Per tutte queste ragioni, l'inciso "in corso di esecuzione" non può essere interpretato come eccezione alla disposizione recata dal comma 19-*ter*.

11. La risoluzione dell'antinomia: l'interpretazione secondo ragionevolezza o costituzionalmente orientata.

Concluso il percorso argomentativo che, ad avviso di chi scrive, si sarebbe dovuto seguire per risolvere il noto quesito, può ora riprendersi il ragionamento della Plenaria, che, una volta riconosciuta l'esistenza di una antinomia assoluta, è passata a esaminare le disposizioni antinomiche dal punto di vista letterale e ha quindi preso in considerazione la *voluntas legis*, tuttavia senza ricavare elementi utili.

Non potendo il giudice ricorrere al *non liquet* in attesa dell'intervento del legislatore, l'antinomia è stata composta dal Consiglio di Stato seguendo l'*iter* che si appresta ad analizzare.

L'Adunanza Plenaria si dice convinta che si tratta di una "antinomia assoluta" o "totale", non potendosi sostenere che "vi sarebbe solo una incompatibilità apparente di enunciati, stante la natura «generale» della norma espressa dal comma 19-*ter* e la natura «parziale» di quella ricavabile dagli incisi dei commi 17 e 18". "È questo il caso" – continua la sentenza in commento – "che ricorrerebbe allorché si intenda sostenere che il richiamo effettuato dall'art. 19-*ter* (norma generale) alle «modifiche soggettive ivi contemplate» (cioè nei commi 17 e 18) vada inteso come riferito alle predette modifiche «come disciplinate» dai medesimi commi 17 e 18 (e dunque, anche nei limiti per esse imposti)": da ciò conseguirebbe che, "mentre la norma del comma 19-*ter* sarebbe tranquillamente applicabile (nel suo effetto espansivo riferito alla fase di gara) a tutte le modifiche soggettive salvo quelle derivanti «dalla perdita dei requisiti di cui all'art. 80», l'enunciato «in corso di esecuzione» a queste ultime riferito introdurrebbe una norma speciale che sottrae i casi considerati alla disciplina del comma 19-*ter*".

Un'ipotesi di questo genere costituirebbe però un'antinomia "totale-parziale" (o "unilaterale"), che tuttavia non ricorre nella fattispecie, viceversa occorrendo – scrive ancora la Plenaria – "- o che uno dei due enunciati normativi aggiungesse una specificazione (ad esempio, nel caso di specie, ad una certa fase della gara), tale da escludere (eccettuare) un singolo caso dalla classe di fattispecie altrimenti disciplinata dalla norma generale; nel caso di specie, invece, le fattispecie si presentano perfettamente coincidenti; - ovvero (e quantomeno) che l'esclusione della singola fattispecie fosse prevista dalla stessa norma generale, con una delle formule usualmente utilizzate dal legislatore (ad esempio: "fatto salvo quanto previsto...etc."), e dunque, nel caso di specie, avrebbe dovuto essere il comma 19-*ter* (norma generale) ad escludere la specifica ipotesi della "perdita dei requisiti di cui all'art. 80" dalla classe di fattispecie degli articoli 17 e 18 per le quali interviene l'effetto ampliativo anche alla fase di gara".

La Plenaria, tuttavia, argomentando perché nella fattispecie ci si trovi davanti a una antinomia assoluta e non a un'antinomia totale-parziale, finisce per smentire in punto di merito l'interpretazione restrittiva di cui si è detto sopra, che allora non si comprende se sia infondata – perché postula l'esistenza di un'antinomia parziale là dove, invece, ve ne è una “assoluta” – o sia da non preferirsi per altre ragioni.

Nella sentenza si può infatti leggere che, “in difetto di previsione espressa del legislatore, l'esclusione della predetta fattispecie sarebbe il frutto di una doppia operazione dell'interprete, il quale dovrebbe dapprima applicare l'estensione prevista dal comma 19-ter alle molteplici fattispecie di cui ai commi 17 e 18 e poi limitare tale estensione ad una sola di esse per effetto di una esclusione che agirebbe per così dire «di rimbalzo» sulla norma generale. In questo caso, per effetto di un duplice percorso interpretativo (secondo un tragitto, per così dire, di «andata e ritorno»), l'interprete più che risolvere un problema di antinomia finisce per auto-attribuirsi una potestà normativa *ex novo*”. All'esclusione di tale ipotesi interpretativa perviene, in sostanza, anche l'ordinanza di rimessione, laddove sostiene come risponda a logica “l'argomento per il quale, se il legislatore, introducendo il comma 19-ter all'interno dell'art. 48, avesse voluto fare eccezione alla deroga e ripristinare il principio di immodificabilità ... la via maestra sarebbe stata quella di operare la distinzione all'interno dello stesso comma 19-ter, senza dare vita ad un arzigogolo interpretativo. Ed al fine di escludere l'interpretazione «restrittiva», valga, da ultimo, rilevare come questa sia conseguenza di una considerazione «sovrastimata» dell'inciso «in corso di esecuzione», posto che problemi interpretativi non molto dissimili potrebbero porsi – volendo utilizzare il metodo interpretativo qui non condiviso – anche per il fatto che il legislatore, nel momento stesso in cui introduceva il comma 19-ter, non ha eliminato dai commi 17 e 18 i riferimenti ai lavori, servizi o forniture «ancora da eseguire»; cioè proprio quei riferimenti che, prima delle modifiche introdotte dal d. lgs. n.56/2017, costituivano il fondamento dell'interpretazione limitativa delle sopravvenienze soggettive alla sola fase di esecuzione”.

Queste considerazioni, in cui la (s)correttezza dogmatica dell'interpretazione restrittiva si confonde con la sua insostenibilità nel merito, conducono dunque la Plenaria ad affermare di dover risolvere l'antinomia con “il ricorso ad altre considerazioni, riconducibili ai principi di interpretazione secondo ragionevolezza ovvero secondo Costituzione (o costituzionalmente orientata), cui peraltro lo stesso criterio di ragionevolezza (riferibile all'art. 3 Cost.) si riporta”.

Il primo argomento enucleato dalla Plenaria è l'equità o comunque l'applicazione del principio di non discriminazione, tra concorrenti e tra fattispecie che debbono essere trattate nello stesso modo.

Escludere la perdita dei requisiti *ex art. 80* dal novero delle fattispecie per cui è ammessa una modifica soggettiva del raggruppamento in fase di gara finirebbe per introdurre “una disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze non ragionevolmente supportata” e condurrebbe a un esito interpretativo “irragionevole”, dato che, nella comparazione in concreto tra le diverse ipotesi, si consentirebbe “la modificazione del raggruppamento in casi che ben possono essere considerat[i] più gravi – secondo criteri di disvalore ancorati a valori costituzionali che l'ordinamento deve tutelare, come certamente quella inerente a casi previsti dalla normativa antimafia – rispetto a quelli relativ[i] alla perdita di requisiti di cui all'art. 80”.

Non vanno nemmeno trascurate le esigenze di tutela di quelle imprese, associate nel raggruppamento, di per sé incolpevoli, che, in caso di sopravvenuto difetto di uno dei requisiti generali da parte di una società associata, finirebbero per essere resi, per colpa altrui, incapaci a contrattare con la pubblica amministrazione: tale esito esiterebbe nella creazione di una “fattispecie di «responsabilità oggettiva», ovvero una inedita, discutibile (e sicuramente non voluta) speciale fattispecie di *culpa in eligendo*”.

Al rigetto dell’interpretazione restrittiva milita anche uno dei principi fondamentali in tema di disciplina dei contratti con la pubblica amministrazione – tale da giustificare la previsione stessa del raggruppamento temporaneo – ossia quello di consentire la più ampia partecipazione delle imprese, in condizione di parità, ai procedimenti di scelta del contraente (e dunque favorirne la potenzialità di accedere al contratto, al contempo tutelando l’interesse pubblico ad una maggiore ampiezza di scelta conseguente alla pluralità di offerte). Ebbene, “una interpretazione restrittiva della sopravvenuta perdita dei requisiti *ex art. 80*, a maggior ragione perché non sorretta da alcuna giustificazione non solo ragionevole, ma nemmeno percepibile”, avrebbe come effetto – ingiusto – quello di “porsi in contrasto sia con il principio di eguaglianza, sia con il principio di libertà economica e di *par condicio* delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni (come concretamente declinati anche dall’art. 1 della l. n. 241/1990 e dall’art. 4 del codice dei contratti pubblici)”.

A una conclusione non dissimile era giunta pure l’ordinanza di rimessione, ove si trova affermato che “nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immutabilità della composizione del raggruppamento varrebbero a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione *ex art. 80* in sede di gara: non la necessità che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto verificare i requisiti, in quanto, una volta esclusa dall’Adunanza Plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento; né la tutela della *par condicio* dei partecipanti alla procedura di gara, che è violata solo se all’uno è consentito quel che all’altro è negato”.

Nella fattispecie, quindi, l’antinomia assoluta “trova soluzione inquadrando il caso concreto e le norme antinomiche ad esso applicabili nel più generale contesto dei principi costituzionali ed eurounitari, fornendo una interpretazione che renda applicabile una sola di esse in quanto coerente con detti principi, e che consente una regolazione del caso concreto con essi compatibile. In tal modo, l’interpretazione determina – in presenza di norme incompatibili ma provenienti da fonti di pari livello e contestualmente introdotte dalla medesima fonte – la applicazione di una sola di esse (quella, appunto, compatibile con le fonti sovraordinate della Costituzione e del diritto dell’Unione Europea) e la non applicazione dell’altra, recessiva perché contraria ai più volte richiamati principi”.

Un’operazione di questo tipo – a detta della Plenaria – è pienamente legittima, costituendo, da un lato, “solo una più articolata applicazione del metodo di interpretazione secondo Costituzione; per altro verso, costituisce metodo interpretativo non del tutto ignoto allo stesso legislatore ordinario, laddove questi prevede (art. 15 disp. prel. cod. civ.) la possibile abrogazione di norme “per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti”^[65]; dall’altro lato, una attuazione del principio di coerenza, “che impone il superamento delle antinomie, rimettendo all’interprete, chiamato ad individuare ed applicare la regola di diritto

al caso concreto, di verificare le possibilità offerte dall'interpretazione, senza necessariamente (e prima di) evocare l'intervento del giudice delle leggi".

Benché il percorso interpretativo non sia stato lineare e si trovi una certa commistione di argomenti, comunque l'approdo della Plenaria non è assai dissimile da quello cui si è giunti in questo contributo: da un lato, in forza del richiamo all'equità e ai principi di non discriminazione, dall'altro, per effetto di un'interpretazione sistematica, che impone di considerare la topografia delle norme, di non creare antinomie con norme gerarchicamente superiori, di operare un controllo di ragionevolezza, analogo a quello che generalmente svolge la Corte Costituzionale.

12. Un problema per certi versi chiuso, per altri aperto: quando si conclude "la fase di gara"?

Un cenno a una questione che, se è risolta nel caso di specie, non lo è in via generale.

Per effetto dei commi 17, 18 e 19-*ter*, così come da ultimo interpretati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria qui in commento, che una sopravvenienza tra quelle più volte citate accada "in fase di gara" ovvero nel corso dell'esecuzione del rapporto, nulla cambia: in entrambe le ipotesi è consentito ricorrere ai ben noti meccanismi modificativi.

Vale comunque la pena domandarsi, benché, come si è detto, oggi non rilevi più ai fini dell'applicazione delle norme in parola, quando la fase di gara possa dirsi conclusa.

Semplicisticamente si suole affermare che la stipulazione del contratto sia il momento in cui si conclude la parte pubblicistica della competizione. Questo insegnamento si fonda sulla disciplina che regola il riparto di giurisdizione delle controversie attinenti alle procedure di affidamento di appalti pubblici: alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo afferiscono tutti giudizi che hanno ad oggetto ciò che accade nel "tratto procedimentale" e, dunque, pubblicistico delle stesse; la fase esecutiva del relativo rapporto, invece, è riservata alla cognizione del giudice ordinario^[66].

Come è noto, le procedure a evidenza pubblica hanno una "prospettiva bifasica" che caratterizza la formazione del contratto: la "procedura di affidamento", ossia la fase propriamente pubblicistica, che si concreta in peculiari procedimenti amministrativi che esitano nella determinazione conclusiva con cui viene disposta l'aggiudicazione a favore dell'offerta selezionata; e la fase esecutiva, ossia la "stipula del contratto" e la formale assunzione degli impegni negoziali.

Siccome quest'ultima fase prefigura situazioni essenzialmente paritetiche, eventuali controversie che la riguardano sono devolute al giudice ordinario. La distinzione emerge oggi anche dall'art. 30, co. 8, del codice dei contratti pubblici, in base al quale "alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici ... si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile".

È altrettanto pacifico, però, che vi siano fattispecie connotate da peculiarità tali da costituire delle deroghe a tale principio, dovendosi avere bene a mente che il criterio di riparto della giurisdizione si fonda sulla situazione giuridica fatta valere. Ogni volta che l'agire della stazione appaltante attiene ad un segmento procedimentale pubblicistico, ed è collegata all'esercizio di un potere da parte dell'Amministrazione, sussisterà la giurisdizione del giudice amministrativo. Tale *discrimen* è determinante, tenuto conto che la valutazione dell'interesse pubblico esclude ogni rapporto paritetico, anche se sussiste un vincolo contrattuale tra le parti. Ne consegue che, nella fase privatistica, l'Amministrazione si pone con la controparte in una posizione di parità che si può definire 'tendenziale', in quanto può sempre verificarsi l'ipotesi che l'intervento autorizzativo sia espressione di una valutazione operata al fine primario dell'interesse pubblico. In tal caso, appare all'evidenza l'insussistenza tra le parti (pubblica e privata) di un rapporto giuridico paritetico, che invece si ravviserebbe in situazioni soggettive da qualificare in termini di diritti soggettivi e di obblighi giuridici[67].

Insomma, al fine di definire quando una gara possa dirsi conclusa il criterio del riparto della giurisdizione non è detto che sia sempre soddisfacente. O meglio, sicuramente si può affermare che la "fase esecutiva" comincia con la stipulazione del contratto (coincidendo quindi con il primo momento in cui si affaccia in questa materia la giurisdizione del giudice ordinario), ma non risponde al vero che la "fase di gara" allo stesso modo si chiuda un momento prima della predetta sottoscrizione.

Infatti, il tempo dedicato alla competizione vera e propria si chiude con l'aggiudicazione: ad essa, seguono una serie di controlli sul "possesso dei prescritti requisiti", che, in caso di esito positivo, determinano l'efficacia dell'aggiudicazione (così l'art. 32, co. 7, d.lgs. n. 50/2016). Indi, "diventa 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 deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto"[68].

Ebbene, ci si domanda allora se debba intendersi incluso nella cosiddetta "fase di gara" il periodo di tempo intercorrente tra l'aggiudicazione e il momento in cui essa diviene efficace (ossia al termine della verifica dei requisiti dell'operatore economico utilmente classificato), così come se debba considerarsi ricompreso nella "fase di gara" l'intervallo temporale che intercorre tra quando l'aggiudicazione diventa efficace e il giorno in cui il contratto viene sottoscritto dall'aggiudicatario e dalla stazione appaltante. Ben può darsi, infatti, che in questo secondo arco di tempo l'aggiudicazione venga impugnata ovvero che la stessa sia sospesa (dal giudice o, prima ancora, per effetto delle disposizioni che regolano il cosiddetto "*stand still*"[69]).

Del tema qui accennato non si vuole proporre una soluzione, né esso rappresenta più un problema nel caso di nostro interesse. Resta però che l'espressione "fase di gara", invalsa nel gergo degli operatori ma non definita dal codice, è vaga e pertanto foriera di possibili ambiguità. Un altro aspetto su cui la tecnica legislativa dovrebbe maggiormente sorvegliare.

13. Considerazioni conclusive.

Gli esiti cui si giunge seguendo il percorso interpretativo disegnato dalla dottrina e quelli cui è pervenuta l'Adunanza Plenaria, che ha argomentato più liberamente, dando ampia applicazione all'equità sostanziale, sono sostanzialmente i medesimi. Tuttavia, non possono condividersi appieno le premesse da cui il Supremo Consesso ha preso le mosse, ossia l'esistenza di un'antinomia insolubile, di cui non si sono rinvenuti gli estremi nell'analisi qui condotta. La pronuncia ha comunque il pregio, avendo dovuto colmare una lacuna o per lo meno comporre un contrasto, di aver riconosciuto che il principio di immodificabilità dei raggruppamenti di imprese è tramontato, per lo meno nei termini in cui tradizionalmente è stato predicato, e che esso oggi sopravvive in una forma temperata, frutto di un bilanciamento tra diversi principi, tra cui quello di economicità e buon andamento, per cui bisogna consentire alla stazione appaltante, là ove possibile, di non escludere inutilmente operatori economici che sono a tutti gli effetti degni di contrattare con una pubblica amministrazione; e il principio di *par condicio* e non discriminazione, per cui non possono essere pretermesse dal mercato degli appalti pubblici quelle società che, incolpevolmente, si sono associate con *partner* commerciali che, nel corso del tempo, sono stati colpiti da eventi che ne minano l'affidabilità. Più che un'antinomia tra disposizioni, la pronuncia risolve la distanza tra le diverse anime del Consiglio di Stato, finendo per sconsigliare tutte quelle decisioni che sono inutilmente punitive e penalizzanti (e quindi irragionevoli), anche per la stessa stazione appaltante, i cui interessi quegli stessi principi sono chiamati a proteggere.

[1] Nella sentenza di primo grado, T.A.R. Toscana, sez. II, 10 febbraio 2021, n. 217, si parla genericamente del fatto che “nelle more dell'espletamento del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario, rispetto ad altre commesse e poi ad altre gare, sono venuti ad incrinarsi i rapporti tra il mandante ... (mandante al 10%) e la stazione appaltante, portando a contrapposte iniziative volte tra l'altro allo scioglimento dei rapporti in essere con reciproci addebiti di inadempimento”.

[2] Si trattava peraltro di riassegnare tra i membri restanti una quota limitata al solo 10%.

[3] Le citazioni sono tratte dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2022 qui commentata, che, a differenza della pronuncia di primo grado, ha riportato ampi stralci dei provvedimenti impugnati.

[4] In tema di R.T.i. si vedano, tra i moltissimi, P. Chirulli, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno-Gabrielli, Milano, 2010, pp. 373 ss.; R. Greco, *Commento all'art. 37*, in Garofoli-Ferrari, *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2011, pp. 409 ss.; S. Santoro, *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2011, 783 ss.

[5] Così M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei di imprese tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2003, pp. 179 s.

[6] Così R. Dagostino, *Commento all'art. 48*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, p. 501. Si vedano anche T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 6 febbraio 2017, n. 211, e Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169, per cui le modifiche soggettive erano consentite unicamente dopo la stipulazione del contratto, ma non in corso di gara.

[7] Per comodità di lettura, si riporta il testo del comma 18, prima della modifica operata dal d.l. n. 56/2017: “Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 6, in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”.

[8] Le due pronunce di riferimento sono Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833, e sez. III, 11 agosto 2021, n. 5852.

[9] Già si sono elencati: in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei

mandanti, ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo.

[10] Così Cons. Stato n. 5852/2021 cit.

[11] Cons. Stato, Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 9.

[12] Così, ancora, l'Adunanza Plenaria, sent. n. 9/2021 cit.

[13] Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2013, n. 8.

[14] Così Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169, e 24 febbraio 2020, n. 1379.

[15] Così Cons. Stato n. 5852/2021.

[16] Ancora Cons. Stato n. 5852/2021.

[17] In questi termini si è espressa la sentenza n. 833/2021 del Consiglio di Stato: “Se ne trae ulteriore conferma dal fatto che proprio l'art. 18 è stato contestualmente modificato introducendo, bensì, anche la fattispecie (antecedentemente non prevista) di perdita dei requisiti soggettivi quale ragione di possibile modificazione del raggruppamento, ma espressamente limitando l'ipotesi alla fase esecutiva. Sarebbe, allora, del tutto illogico che l'estensione «alla fase di gara» di cui al comma 19 *ter*, introdotto dallo stesso ‘decreto correttivo’ vada a neutralizzare la specifica e coeva modifica del comma 18”.

[18] Così Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245; nello stesso senso anche C.G.A.R.S., sez. giur., 22 maggio 2020, n. 298.

[19] Così T.A.R. Toscana n. 217/2021 cit.

[20] Così T.A.R. Toscana n. 217/2021 cit.

[21] Così T.A.R. Toscana n. 217/2021 cit.

[22] Così T.A.R. Toscana n. 217/2021 cit. In questi termini si è espresso anche Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245: “A fronte del chiaro disposto del comma 19 *ter*, che rinvia alle disposizioni di cui ai commi 17, 18 e 19, non sono conducenti gli argomenti che l'appellante trae dalla Relazione illustrativa al correttivo al codice (pag. 20) e dall'Atto del Governo n. 397 (pagg. 86 e 87). Né è convincente l'argomentazione dell'appellante secondo cui nel rinvio ai citati commi, il comma 19 *ter* farebbe salva anche la locuzione «in corso di esecuzione», perché si tratterebbe di una contraddizione palese con il contenuto dispositivo innovativo del nuovo comma aggiunto dal Legislatore del correttivo, che lo priverebbe di significato”.

[23] È d'uopo usare il condizionale, dato che nessuna fonte consente di ricostruire la precisa *voluntas legis*.

[24] L'ordinanza si riferisce al mancato versamento di contributi previdenziali o al mancato pagamento dei tributi, al dubbio circa l'idoneità morale conseguente all'adozione di uno dei provvedimenti della normativa antimafia.

[25] L'ordinanza si riferisce ai pregressi inadempimenti, specialmente se intervenuti con la stessa stazione appaltante, ma anche allo stato di decozione comportante l'assoggettamento alla procedura concorsuale.

[26] Ricorda la Plenaria n. 10/2021, richiamata dalla sentenza in commento, che “la modifica sostituiva c.d. per addizione costituisce *ex se* una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto prevede attualmente l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, più in generale, per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario”.

[27] La sentenza della Plenaria n. 10/2021 aggiunge che l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità proceduralizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara o la prosecuzione del rapporto contrattuale”.

[28] Non si può mancare di evidenziare che, benché le ipotesi derogatorie al principio di immodificabilità siano molte, non sono tutte dello stesso genere. Ed infatti, come sottolinea la sentenza in commento, “mentre le ipotesi disciplinate dal comma 17 (con riferimento al mandatario) e dal comma 18 (con riferimento ad uno dei mandanti) attengono a vicende soggettive, puntualmente indicate, del mandatario o di un mandante, conseguenti ad eventi sopravvenuti rispetto al momento di presentazione dell’offerta”, vi è invece che l’ipotesi di cui al comma 19 attiene ad una modificazione della composizione del raggruppamento derivante da una autonoma manifestazione di volontà di recedere dal raggruppamento stesso, da parte di una o più delle imprese raggruppate, senza che si sia verificato nessuno dei casi contemplati dai commi 17 e 18, ma solo come espressione di un diverso e contrario volere rispetto a quello di partecipare, in precedenza manifestato. Ed il recesso in tanto è ammesso, non tanto in base ad una più generale valutazione dei motivi che lo determinano, ma in quanto le imprese rimanenti «abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire» e sempre che la modifica soggettiva derivante dal recesso non sia «finalizzata ad eludere un requisito di partecipazione alla gara». Insomma, “si tratta, dunque, nel caso disciplinato dal comma 19, di eccezione al principio generale di immodificabilità della composizione del raggruppamento del tutto diversa da quelle di cui ai commi 17 e 18, di modo che la possibilità che la stazione appaltante non ammetta il recesso di una o più delle imprese raggruppate non esplica alcun effetto sulle diverse ipotesi di eccezione, relative alle vicende soggettive del mandatario o di uno dei mandanti, disciplinate dai citati commi 17 e 18 dell’art. 48”.

[29] In risposta a coloro che – a più riprese – hanno sostenuto che non vi era, invero, nessun contrasto interpretativo, perché, se anche in passato vi fosse stato, esso doveva dirsi risolto dalla sentenza della Plenaria n. 10/2021, la medesima Adunanza scrive che “è opportuno preliminarmente precisare che tale problema non può dirsi superato e risolto per effetto di quanto incidentalmente affermato da questa stessa Adunanza Plenaria, con la propria citata decisione n. 10 del 2001 [recte, 2021] (v. par. 23.3), al contrario di come invece ritengono l’appellante e la costituita amministrazione. Come condivisibilmente osservato anche dall’ordinanza di rimessione, la questione della estensione della perdita dei requisiti di cui all’art. 80 non rappresentava affatto la questione centrale di quel giudizio, né tale problema interpretativo forma espressamente oggetto dei principi di diritto enunciati dalla citata sentenza n. 10/2001 (né di questi costituisce il presupposto logico giuridico), principi solo in relazione ai quali si esplica l’effetto nomofilattico voluto dall’art. 99 c.p.a. Si è trattato, dunque, di una affermazione incidentale, non conseguente ad una disamina argomentativa peraltro non necessaria, stante l’estraneità di questo aspetto al *thema decidendum*”.

[30] Così T. Mazzarese, *Antinomia*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1989, I, p. 348. Come ricorda l’Autrice, il termine ‘antinomia’ è utilizzato anche in altre due accezioni, diverse da quella etimologica. In una prima accezione, ‘antinomia’ designa “la contraddizione tra due proposizioni ambedue ugualmente dimostrabili” (in questo senso I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Riga, 1781, 1787); in una seconda accezione, ‘antinomia’ designa (in logica) “un enunciato tale che sia la sua affermazione, sia la sua negazione implicano una contraddizione” (tra i molti, F. von Kutschera, *Die Antinomien der Logik*, Freiburg-München, 1964).

[31] Così F. Modugno, *Ordinamento giuridico (dottrine)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, XXX, p. 706.

[32] Così F. Modugno, *ibidem*. L’Autore aggiunge che “le due norme possono essere, quindi, o entrambe false (contrarietà) o una delle due falsa e l’altra necessariamente vera (contraddizione). Rispettivamente, la prima opposizione si verifica tra norma obbligatoria (prescrizione di fare alcunché) e norma proibitiva (prescrizione di non fare alcunché); la seconda, sia tra norma obbligatoria e norma (negativamente) permissiva o «facoltativa» (non è prescritto di fare alcunché), sia tra norma proibitiva e norma (positivamente) «permissiva» (non è prescritto di non fare alcunché). Insomma, l’obbligo è antinomico al divieto, perché tra loro contrari; l’obbligo è antinomico al permesso (negativo) e il divieto al permesso (positivo), perché tra loro, rispettivamente, contraddittori. S’intende che, mentre la soluzione della prima antinomia può risolversi significativamente nella negazione di entrambi i termini: un comportamento non è né obbligatorio né vietato, ma semplicemente permesso; la soluzione delle altre due si risolve sempre nella negazione di uno solo dei due termini: un comportamento o è obbligatorio o è facoltativo, ovvero un comportamento o è vietato o è permesso. Né può obiettarsi che un comportamento né obbligatorio né facoltativo possa risultare vietato, o che un comportamento né vietato né permesso possa risultare obbligatorio, perché in questi casi non si tratterebbe propriamente di soluzione dell’antinomia tra due norme, bensì della rilevazione di una «terza» norma che vieta o che impone il comportamento che né l’una né l’altra delle norme antinomiche vietano o impongono. D’altra parte, se un comportamento è «facoltativo» («non obbligatorio fare» = «permesso non fare») o, rispettivamente, è «permesso» («non obbligatorio non fare» = «permesso fare»), esso non è del tutto incompatibile con il comportamento «vietato», o, rispettivamente, con il comportamento «obbligatorio», dal momento che un comportamento vietato è necessariamente anche «facoltativo», e che un comportamento obbligatorio è necessariamente anche «permesso». Più d’interesse per il nostro caso sono le antinomie fra norme qualificative di fatti, stati di cose, oggetti. In tale ipotesi, “l’antinomia è espressa dalla diversa qualificazione che valga negazione di una norma da parte di un’altra. Si pensi ad una disposizione la quale preveda che la bandiera italiana rechi altri segni oltre quelli stabiliti dall’art. 12 cost.” (così ancora F. Modugno, *op. cit.*, pp. 706-707).

[33] Cfr., in proposito, A. Ross, *Diritto e giustizia*, trad. it. a cura di G. Gavazzi, Torino, 1965, pp. 122 ss.; N. Bobbio, *Teoria dell’ordinamento giuridico cit.*, pp. 90 ss.; G. Gavazzi, *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1970, pp. 45 s.

[34] Cfr. A. Ross, *op. cit.*, p. 122: il riferimento è all'antinomia che “si verifica quando nessuna delle due norme può essere applicata a qualsiasi circostanza senza venire in conflitto con l'altra”. È F. Modugno a spiegare (*op. cit.*, p. 707) che, “se si distingue, secondo una tradizione di pensiero ormai acquisita e consolidata, tra disposizioni (espressioni normative) e norme, ci si accorge che il secondo e il terzo tipo di antinomie sono «improprie» e precedono e si risolvono nell'attività interpretativa necessaria ad enucleare o ad individuare le norme”. Possono essere utili degli esempi, fatti dallo stesso Autore: “Si prenda un esempio di cosiddetta antinomia parziale-parziale: «È vietato fumare la pipa e il sigaro» è norma parzialmente antinomica rispetto all'altra: «È permesso fumare il sigaro e le sigarette»? Dalla prima disposizione si ricavano manifestamente due norme: «È vietato fumare la pipa», «è vietato fumare il sigaro». Corrispondentemente, dalla seconda disposizione si ricavano pure due norme: «È permesso fumare il sigaro»; «è permesso fumare le sigarette». Ora, delle quattro norme soltanto la seconda e la terza sono tra di loro antinomiche, in quanto hanno lo stesso ambito di validità materiale e sono quindi affette da antinomia cosiddetta totale-totale. Ma la prima è manifestamente compatibile con la terza e la quarta, e la seconda con la quarta. Non diversamente, nel caso di cosiddetta antinomia totale-parziale, che è sempre «impropria» antinomia tra disposizioni. «È vietato fumare» ed «è permesso soltanto fumare sigarette» sono disposizioni dalle quali si ricavano, rispettivamente, una sola e due norme. Dalla seconda infatti si ricavano unitamente le norme: «È permesso fumare sigarette» ed «è vietato fumare altro: per esempio la pipa o il sigaro», di cui solo la prima è antinomica con la norma (generale) ricavabile dalla prima disposizione, ma, in quanto norma speciale, dovrebbe limitare il significato normativo della disposizione generale”.

[35] Si veda A. Celotto, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto*, Torino, 2000, p. 151.

[36] Cfr. A. Ross, *op. cit.*, p. 123, che ricorda il caso della Costituzione danese del 1920, ove, all'art. 36, in tema di composizione della Camera alta, si stabilisce, in una prima parte, che i membri di tale assemblea non possono superare il numero di 78; mentre nella seconda parte della stessa disposizione, mediante una minuziosa regolamentazione dei criteri di nomina, risulta che il numero dei componenti della Camera alta sia di 79; A. Celotto, *op. cit.*, p. 151, menziona il caso più recente del d.l. n. 669 del 1996, che aveva provveduto a modificare due volte — e in termini differenti — l'art. 3, co. 114, l. n. 662/1996, riguardo al regime dei beni immobiliari e dei diritti immobiliari dello Stato nelle Regioni a statuto speciale e nelle Province autonome di Trento e Bolzano. E ancora la l. n. 240/2010 (c.d. “legge Gelmini”) che all'art. 6, co. 5, in tema di stato giuridico dei professori e dei ricercatori di ruolo, aveva disposto la modifica dell'art. 1, co. 11, e, contestualmente, all'art. 29, co. 11, lett. c), aveva disposto l'abrogazione del medesimo art. 1 co. 11. In questi ultimi due casi, si è reso necessario un intervento del legislatore per porre rimedio.

[37] Cfr. F. Lisena, *Un raro caso di antinomia insolubile: la disciplina delle elezioni del Parlamento europeo tra compiti del legislatore e poteri del giudice*, in *Giur. merito*, fasc. 10, 2011, pp. 2531 ss., che ricorda un caso in cui il legislatore non è stato così tempestivo nel porre rimedio a una antinomia insolubile: trattasi del contrasto tra gli artt. 2 e 21, l. n. 18/1979, che “sussiste oramai da più di un ventennio, a partire dalla citata novella del 1984”: precisamente, “mentre l'art. 2 prevede un sistema articolato in circoscrizioni territoriali, per ciascuna delle quali è prevista l'assegnazione di un numero di seggi determinato sulla base della popolazione residente, il successivo art. 21 detta le concrete modalità di assegnazione dei seggi seguendo esclusivamente il criterio della proporzionalità politica. Si ricaverebbe, pertanto, un principio europeo di proporzionalità articolato su due livelli, entrambi meritevoli di salvaguardia: il livello della proporzionalità territoriale, attinente al rapporto tra cittadini-residenti e numero degli eletti, ed il livello della proporzionalità politica, riflettente l'impostazione fondamentale del metodo di votazione. Tuttavia, in sede di effettiva applicazione, le due norme appaiono evidentemente inconciliabili”. L'antinomia è stata al centro di un caso di cui si è occupata la giustizia amministrativa: il risultato delle elezioni per il rinnovo del Parlamento europeo, svoltesi nei giorni 6 e 7 giugno del 2009, aveva portato alla contrazione dei rappresentanti eletti nella circoscrizione territoriale dell'«Italia meridionale» (15 eletti, in luogo dei 18 seggi assegnati) e in quella delle «sole» (6 eletti, in luogo degli 8 seggi assegnati), con il complessivo spostamento in altre circoscrizioni di cinque posti. In altri termini, in virtù del sistema di calcolo di cui all'art. 21, l. n. 18/1979, i cittadini delle due citate circoscrizioni si sono visti sottrarre dei rappresentanti rispetto a quelli che avrebbero dovuto avere in applicazione del criterio della proporzionalità territoriale. Per ogni approfondimento, si rinvia alla lettura delle sentenze del T.A.R. Lazio, Roma, n. 38638/2010, Cons. Stato n. 2886/2011 e C. Cost. n. 271/2010.

[38] “... in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ... il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione ...”.

[39] “ove [il mandatario] non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità”.

[40] Sempre a patto che non indichi altro operatore economico che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità.

[41] Così Cons. Stato n. 5852/2021 cit.

[42] F. Modugno, *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, XXVIII, p. 381.

[43] Così F. Modugno, *Ordinamento giuridico (dottrine)* cit., p. 706, che ricorda che ad esempio, una legge ordinaria successiva non abroga un regolamento governativo anteriore contrastante, ma lo rende piuttosto illegittimo. La visione sul punto non è comunque unanime: si veda, ad esempio, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1976, p. 180.

[44] Così M. Barberis, *Filosofia del diritto*, Torino, 2008, p. 196.

[45] Così M. Barberis, *op. cit.*, p. 197. F. Modugno, *op. ult. cit.*, p. 708-709, richiama l'insegnamento di V. CRISAFULLI contenuto in *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, pp. 775 ss.; nonché, del medesimo autore, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, XVII, pp. 955 ss.; Id., *Lezioni* cit., 179 ss. per cui “unica ed identica essendo la ragione per cui atti e comportamenti umani raggiungono forza normativa, la tesi che la forza degli atti di creazione del diritto obiettivo si commisura alla loro origine non dovrebbe portare alla conseguenza che la forza degli atti normativi sia varia, ma unica ed identica”. Pertanto, non sarebbe “possibile distinguere tra «forza» e «forza» diverse con riferimento alle disposizioni prodotte da differenti specie di atti nei loro reciproci rapporti: la possibilità di atti di una certa specie di abrogare o modificare atti di altra specie, ovvero di resistere ad abrogazione o modifica da parte di questi ultimi, andrebbe spiegata, non con il fatto che «gli atti di una specie abbiano ‘forza maggiore’ di quelli di altra specie», ma solo con il fatto «che ‘più estesa’ è l’attività normativa legittimamente esercitabile attraverso gli atti di una specie che non sia quella esercitabile attraverso atti di altre specie»” (le citazioni di Crisafulli sono di C. Esposito, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di E. Betti*, I, Milano, 1961). Pertanto, al criterio gerarchico dovrebbe preferirsi quello della “competenza” o della “riserva”, che addirittura potrebbe sostituire il primo.

[46] Come si è detto, trattasi più che di un’antinomia tra norme, che di un’antinomia tra disposizioni, risultando in definitiva da due disposizioni due norme compatibili tra loro, in quanto complementari: così F. Modugno, *op. ult. cit.*, p. 710.

[47] Cfr. N. Bobbio, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 103.

[48] Così F. Modugno, *Ordinamento giuridico* cit., p. 710.

[49] O, per dirla con le parole di Carnelutti, in ipotesi di antinomia insolubile, si deve “varcare il confine del problema della «purgazione» (antinomie) per entrare in quello dell’integrazione (lacune) (così F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 79).

[50] Cfr. N. Bobbio, *Teoria dell’ordinamento* cit., p. 103.

[51] F. Modugno, *ibidem*, ricorda che “vi sono cioè tre «modi» fondamentali in cui può presentarsi la norma (di comportamento) e vi è antinomia ... tra norma obbligatoria e norma proibitiva, tra norma obbligatoria e norma permissiva (negativa), tra norma proibitiva e norma permissiva (positiva)”.

[52] Così G. Tracuzzi, *Esistenza e possibilità*, Padova, 2020, p. 74.

[53] F. Modugno, *Ordinamento giuridico* cit., p. 711, nt. 114, propone questo esempio: “poste due disposizioni di una stessa legge, l’una delle quali si esprima nel senso del dovere od obbligo per una autorità governante, nel pubblico interesse, di provvedere ad alcunché, senza che sia possibile però individuare una corrispondente specifica situazione giuridica di vantaggio di chicchessia, e l’altra si esprima nel senso di consentire alla stessa autorità governante di provvedere discrezionalmente (se e quando essa lo ritenga opportuno), il criterio sembra applicabile nel senso di far prevalere la norma discendente dalla seconda disposizione su quella discendente dalla prima, dal momento che il pubblico interesse pare meglio perseguibile lasciando all’autorità competente un ambito di discrezionalità nel quale operare le scelte che sono alla base del suo provvedere”.

[54] Così A. Franco, *I problemi della coerenza e della completezza dell’ordinamento*, in F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 1993, p. 193. Si veda anche F. Modugno, *Ordinamento giuridico* cit., p. 711, per cui “la ricordata «ambiguità» del criterio può essere risolta, al solito, ricorrendo ai principi generali dell’ordinamento, e alla «valutazione» che essi indirettamente operano nei confronti dei soggetti che, di volta in volta, si trovino ad essere favoriti o sfavoriti dall’applicazione dell’una o dell’altra norma. Se, per esempio, l’ordinamento protegge in particolar modo il lavoro dei minori (art. 37 comma ult. cost.) e si prospetti un’antinomia tra una norma permissiva ed una norma «imperativa» nei confronti del datore di lavoro, sarà quest’ultima a dover essere applicata per consentire al prestatore di lavoro minorile di soddisfare il suo diritto o rendere esercitabile la sua pretesa. Ma ciò equivale a dire che il criterio della preferenza della «forma permissiva» o del modo deontico «permesso» rispetto ai suoi contraddittori (obbligatorio e vietato) non è di per sé decisivo, neppure assumendo un ordinamento giuridico ispirato alla massima del «tutto è permesso tranne ciò che è vietato (o comandato)»”.

[55] Così F. Modugno, *ibidem*.

[56] Così si può leggere nella sentenza: “Quanto alla lettera delle disposizioni, essa non si presenta particolarmente «affidabile», tale cioè da poter desumerne un senso «fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse», non essendo in particolare coordinati gli enunciati introdotti dal d. lgs. n. 56 del 2017 con quelli originari del Codice; e di ciò costituisce dimostrazione, oltre ad altri casi non rilevanti nella presente sede, lo stesso intervento interpretativo effettuato da questa Adunanza Plenaria con la propria sentenza n. 10/2021”.

[57] Cfr. M. Barberis, *Filosofia del diritto cit.*, p. 238.

[58] Cfr. M. Barberis, *ivi*, p. 241.

[59] Cfr. M. Barberis, *ivi*, p. 244.

[60] Cfr. M. Barberis, *ivi*, p. 245, che richiama J. Bell, *Policy Arguments in Judicial Interpretation*, Clarendon, Oxford, 1985.

[61] Cfr. M. Barberis, *ibidem*.

[62] Per questa ricostruzione ci si è rifatti a M. Barberis, *op. cit.*, pp. 237-247.

[63] Cfr. M. Barberis, *ivi*, p. 245.

[64] Cfr. M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei di imprese cit.*, pp. 179 ss.

[65] Se vi è, dunque, la possibilità di verificare l'intervenuta abrogazione di una norma rimettendo al giudice/interprete la verifica della incompatibilità tra due norme temporalmente successive, non sembrano sussistere impedimenti a che la medesima operazione possa riguardare norme incompatibili non successive ma coeve

[66] Cfr., *ex multis* e da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 171.

[67] Cons. Stato n. 171/2022 cit..

[68] Per effetto della novella recata d.l. n. 76/2020, e la conseguente modifica dell'art. 32, co. 8, cit., “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”.

[69] A mente dell'art. 32, co. 9, d.lgs. n. 50/2016, “il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione”. Ai sensi del successivo comma 11, “se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo di cui all'Allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare”. La disposizione peraltro non chiarisce cosa accada in caso di rigetto della richiesta di misure cautelari monocratiche, ossia se la stazione appaltante possa dirsi libera di sottoscrivere il contratto, ovvero se debba attendere comunque la celebrazione dell'udienza camerale e il successivo provvedimento collegiale. Ma non si indugia in questa sede su questo punto.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2481 – 5 ottobre 2022

Sul rapporto tra controllo giudiziario ad esito favorevole e aggiornamento dell’informativa anti-mafia (nota a Consiglio di Stato sez. III, 16 giugno 2022, n. 4912)

di Giovanni Botto

Sommario: 1. premessa - 2. La vicenda contenziosa - 3. La decisione del Consiglio di Stato - 4. Alcune considerazioni sul primo ‘ciclo’ di relazioni - 5. Il secondo ciclo di relazioni - 6. Considerazioni a carattere conclusivo.

1. premessa

Il tema delle misure di prevenzione, penali ed amministrative, poste in campo dal legislatore statale al fine di preservare le pubbliche amministrazioni, e non solo, dal contrarre rapporti giuridici con imprese a rischio d’infiltrazione mafiosa, impegna ormai da lungo tempo la giurisprudenza e la dottrina più rilevanti, cui è spettato l’onere di far emergere i nodi critici della normativa in questione, nonché di indirizzare il legislatore verso le riforme necessarie a garantirne l’organicità, l’effettività e la ragionevolezza (e la proporzionalità).

Proprio quest’ultime, in effetti, paiono essere le principali ‘leve’ di una discussione che si è incentrata sull’equilibrio tra il necessario raggiungimento degli obiettivi preventivi, rispetto ad un fenomeno notoriamente pervasivo e radicato dal punto di vista sociale e territoriale – quale quello mafioso – ed il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza che necessariamente guidano il potere pubblico ove quest’ultimo operi limitazioni alle libertà fondamentali dei privati, nel caso in questione alla libertà d’iniziativa economica delle imprese interessate a contrarre con le pubbliche amministrazioni^[1]. Non si può non notare, inoltre, l’importanza che tale equilibrio ricopre nell’attuale quadro politico e normativo, che vede le

istituzioni impegnate nel difficile ed esiziale rispetto delle scadenze imposte dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (c.d. “PNRR”). Il rischio, in questo panorama, è duplice e speculare: d’un canto, è di primaria importanza difendere le ingentissime risorse pubbliche a disposizione dalle possibili ingerenze della criminalità organizzata, d’altro canto, è necessario evitare che la prevenzione risulti in una paralisi del sistema economico, con conseguente dilatazione dei tempi utili al raggiungimento degli obiettivi di ripresa.

Se il binomio fondamentale, dunque, è quello costituito dai fattori dell’effettività e della proporzionalità – con tutti corollari che da essi dipendono – l’aspetto più critico è ed è stato quello dell’organicità della regolazione. Un problema, quest’ultimo, legato alla complessa strutturazione della disciplina, costituita da due distinte forme di prevenzione – quella penale e quella amministrativa – dapprima rigidamente separate e, successivamente, vieppiù comunicanti.

Molte e articolate sono le questioni derivanti da detta necessaria comunicanza, tanto che la stessa pronuncia in commento[2] fa efficacemente riferimento a diversi ‘cicli’ di relazioni tra il provvedimento amministrativo prefettizio a carattere interdittivo (e il suo sindacato da parte del giudice amministrativo) e il procedimento condotto dal giudice della prevenzione penale, il controllo giudiziario[3].

A scopo chiarificatorio, pare utile delineare alcuni tratti essenziali dell’attuale normativa sulla prevenzione dell’infiltrazione mafiosa nelle imprese, per poi passare all’analisi del particolare ‘ciclo’ di relazioni di cui alla sentenza che ci si propone di annotare.

A seguito della novella del 2021[4] con la quale il Legislatore ha introdotto, sul versante amministrativo, il nuovo istituto della c.d. “prevenzione collaborativa”, è possibile affermare che sia nella prospettiva della prevenzione amministrativa, sia in quella della prevenzione penale, la distinzione che assume valenza dirimente è quella sussistente tra i casi d’infiltrazione mafiosa c.d. “strutturata” e quelli di infiltrazione c.d. “occasionale”.

Tale distinzione, come noto, era già rilevante ai fini della prevenzione penale, che può estrinsecarsi nella forma dell’Amministrazione giudiziaria, nei casi di infiltrazione strutturata, o nella forma del controllo giudiziario, nei casi caratterizzati dall’occasionalità del rischio infiltrativo.

Oggi, tuttavia, detta ripartizione ha acquisito pregnanza anche ai fini della prevenzione amministrativa, che viene dunque a scindersi nei due istituti dell’interdittiva, per le situazioni più gravi, e della prevenzione collaborativa, per le infiltrazioni occasionali.

La novella presenta conseguenze di non poco momento – anche con riferimento alle questioni trattate dalla sentenza in parola – poiché interviene sui rapporti tra prevenzione amministrativa e penale e sulla stessa necessità di quel ‘ponte’ normativo – il controllo giudiziario su richiesta – che ha rappresentato, fino ad ora, la soluzione delle principali problematiche relazionali tra le due diverse forme di prevenzione.

Il controllo giudiziario su richiesta origina, infatti, dall’esigenza di evitare l’effetto paradossale derivante dalla diversa decisione del giudice della prevenzione e del Prefetto in relazione al pericolo di infiltrazione. È capitato, infatti – quando vigeva esclusivamente l’istituto del controllo giudiziario *tout court* – che uno stesso imprenditore, colpito dal provvedimento

interdittivo prefettizio – il cui esito presenta effetti sostanzialmente esiziali per l'impresa – non fosse ammesso all'istituto del controllo giudiziario, unico strumento utile alla sospensione dell'interdittiva, per insufficienza degli elementi comprovanti il pericolo d'infiltrazione. Come è stato posto in evidenza dalla dottrina^[5], ciò si deve al diverso metro di giudizio dei soggetti pubblici coinvolti, quello del “più probabile che non” messo in campo dalla Prefettura, e quello dell’ “al di là di ogni ragionevole dubbio” utilizzato dal giudice penale. Le conseguenze di questa discrasia metodologica hanno indotto il Legislatore a intervenire con l'introduzione del comma 6 dell'art. 34-bis del D. lgs. n. 159/2011^[6], disponendo il c.d. “controllo giudiziario a domanda”, che – come si diceva – funziona da ponte tra la misura interdittiva e l'istituto penale del controllo giudiziario. La novità risiede nella possibilità per l'imprenditore attinto dall'informazione antimafia di richiedere, sulla sola base di tale presupposto, l'applicazione del controllo giudiziario «così da risultare preclusa la possibilità di negare addirittura la misura ove si ritenga inesistente, con gli standard probatori propri del giudizio penale di prevenzione, quello stesso pericolo di infiltrazione che, invece, l'organo amministrativo ha affermato, sia pure sulla base di un diverso parametro di giudizio, in dimensione prospettica, attraverso una lettura prognostica delle informazioni acquisite»^[7].

Come autorevolmente sottolineato, detto istituto ponte potrebbe oggi non essere più necessario dal punto di vista organico, in ragione del fatto che attualmente «se l'informativa è emessa è perché il Prefetto ha valutato il rischio infiltrativo come permanente e non già come occasionale. La domanda di controllo giudiziario proposto dall'imprenditore al Tribunale della prevenzione penale è dunque tesa a “criticare” l'informativa, non più a dimostrarne la mera sussistenza quale condizione di accessibilità alla misura del controllo giudiziario»^[8]. Questo l'effetto, si può dire, della prevenzione collaborativa di novella introduzione.

Quanto detto al fine di evidenziare come la materia in questione rappresenti il risultato di un complesso mosaico normativo in cui l'aggiunta o l'elisione di un qualsiasi tassello è capace di modificare l'assetto dell'intero disegno. I diversi cicli relazionali – seguendo la terminologia del Consiglio di Stato – sono molteplici ed in continua evoluzione. Di qui l'esigenza di un intervento legislativo che, sulla scorta dell'apporto giurisprudenziale e dottrinale sul tema, ridefinisca in maniera organica la disciplina in questione.

La sentenza in commento, si occupa di un particolare ciclo relazionale – quello relativo al rapporto tra il controllo giudiziario conclusosi favorevolmente e l'aggiornamento^[9] dell'informazione antimafia – sul quale, limitatamente ai profili del momento dell'aggiornamento e del soggetto ad esso preposto, si è recentemente espresso anche il T.A.R. Sicilia. Nel caso di specie, tuttavia, si aggiunge la questione dell'influenza dell'esito positivo del controllo sul provvedimento amministrativo di aggiornamento.

2. La vicenda contenziosa

La vicenda fattuale rimessa al vaglio del Consiglio di Stato è alquanto tipica: un'impresa, attinta da informazione interdittiva antimafia, veniva ammessa al controllo giudiziario a sensi dell'art. 34-bis d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. L'interdittiva veniva dunque sospesa e l'impresa riacquisiva la capacità giuridica^[10] persa, pur rimanendo soggetta al controllo dell'amministrazione giudiziaria.

A conclusione del periodo biennale di sottoposizione al controllo, il Tribunale di Catanzaro, sulla scorta delle conclusioni positive dedotte nelle relazioni dell'amministratore giudiziario, non riteneva necessario procedere alla proroga della misura. Il controllo giudiziario, dunque, si concludeva con esito favorevole all'impresa, avendo ritenuto il giudice che le azioni poste in essere dall'impresa fossero adeguate ad eliminare il rischio infiltrativo.

Nondimeno, la Prefettura di Catanzaro – a seguito della richiesta di aggiornamento presentata dalla società - riteneva di confermare l'interdizione. La decisione si basava essenzialmente su alcuni rapporti contrattuali intercorsi tra la società ricorrente e soggetti segnalati come controindicati.

Avverso l'atto confermativo della Prefettura, la società interdetta ricorreva al T.A.R. Calabria che accoglieva il ricorso, avendo ritenuto gli elementi indiziari apportati a sostegno della decisione non sufficienti a dimostrare il pericolo delle infiltrazioni. In particolare, a detta del giudice di prime cure, il provvedimento sarebbe stato viziato dalla mancata considerazione degli elementi positivi emersi dalla conclusione del controllo giudiziario. Il Prefetto, dunque, avrebbe mancato di aggiornare la sua valutazione, confermando l'interdittiva sulla base della mera ripetizione acritica delle sue ragioni iniziali^[11].

Contro la sentenza di primo grado ha proposto gravame il Ministero dell'Interno, mettendo in luce come non si possa postulare che la pronuncia del giudice della prevenzione penale produca un accertamento vincolante, con efficacia di giudicato, sul rischio di infiltrazione dell'impresa da parte della criminalità organizzata. L'appello del Ministero, inoltre, eccepeva la contraddittorietà della decisione del giudice di primo grado, che «da un lato richiede l'attualizzazione degli elementi sintomatici del pericolo di infiltrazione mafiosa, non ritenendo sufficienti i dati fattuali che siano antecedenti al periodo di controllo giudiziario, dall'altro, non ritiene rilevanti, ai fini del quadro indiziario posto a base del provvedimento di diniego, i rapporti contrattuali avvenuti nel contesto 'garantito' del controllo giudiziario»^[12].

L'impresa soggetta ad interdizione, costituitasi a sua volta in giudizio, affermava che «se è vero che l'esito favorevole del controllo giudiziario non osta a che il Prefetto emani nuovo provvedimento interdittivo, è pur vero che lo stesso non può essere sorretto dalla passiva, acritica e stereotipata ripetizione degli elementi ritenuti di rischio già considerati, ma deve essere sostenuto (anche) da ulteriori fattori di controindicazione che convincono della persistenza, concretezza ed attualità del pericolo infiltrativo, nonostante il controllo giudiziario»^[13].

In buona sostanza, dunque, l'impresa lamenta che, pur nella consapevolezza che i due procedimenti, penale ed amministrativo, siano sostanzialmente separati, non è comunque ammissibile che le risultanze del controllo giudiziario ad essa favorevoli non vengano tenute in debito conto e che prevalenza venga data ad elementi indiziari ritenuti irrilevanti dal giudice penale quali i rapporti contrattuali dedotti dalla Prefettura nel caso di specie.

Il tema, a bene vedere, non è tanto la valenza dell'esito positivo del controllo giudiziario nel procedimento di aggiornamento dell'interdittiva, discorso ormai pacificamente risolto dalla giurisprudenza, quanto quello di una decisione confermativa dell'interdizione sulla base di elementi, in questo caso le vendite di immobili a soggetti controindicati, che il giudice penale non ha ritenuto rilevanti e che, invece, la Prefettura ha ritenuto dirimenti.

La questione, in effetti, è alquanto spigolosa poiché l'impresa, non più soggetta al controllo giudiziario, ritenuto non più necessario dal giudice penale, ritorna ad essere assoggettata al regime dell'interdittiva antimafia.

3. La decisione del Consiglio di Stato

Il giudice d'appello – definito correttamente l'oggetto della controversia come «questione in cui è in rilievo il rapporto tra controllo giudiziario a domanda, conclusosi favorevolmente per il sottoposto, e valutazioni successive del Prefetto ai fini dell'aggiornamento dell'informativa antimafia»[14] - procede ad individuare i due principali cicli di relazioni che possono intercorrere tra le forme della prevenzione penale antimafia e la prevenzione amministrativa.

Il primo ciclo di relazioni, evidentemente, è quello tra «tra informativa (e suo sindacato) e controllo giudiziario conseguente all'informativa»[15]. A tal proposito, il Collegio richiama una serie di precedenti, propri e della Corte di cassazione, ricordando che «pretendere di 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 (probabili) infiltrazioni criminali, appare operazione doppiamente viziata: perché inevitabilmente diversi sono gli elementi (anche fattuali) considerati - anche sul piano diacronico - nelle due diverse sedi, ma soprattutto perché diversa è la prospettiva d'indagine»[16]. Ancora, si legge sempre con riferimento ai rapporti tra valutazione svolta ai fini dell'ammissione al controllo giudiziario a domanda e sindacato sulla valutazione prefettizia: «a) il Giudice penale deve considerare l'informativa antimafia quale presupposto insindacabile del giudizio; b) il Giudice amministrativo deve considerare il controllo giudiziario quale parentesi che dinamicamente tende all'emenda dell'imprenditore, e che non refluisce sul sindacato “statico” sull'informativa a suo tempo emessa, da esercitare alla luce del quadro istruttorio al tempo “fotografato” e vagliato dal Prefetto»[17].

La questione oggetto della sentenza in commento, tuttavia, afferisce ad un secondo ciclo di relazioni, ossia a quello tra controllo giudiziario conclusosi favorevolmente, e le successive valutazioni dal Prefetto in sede di aggiornamento dell'informativa.

Il Collegio riflette sulla particolare delicatezza ricoperta da questo rapporto, individuabile nella duplice funzione, cautelativa (per l'imprenditore attinto dal provvedimento interdittivo) e bonificante (rispetto a futuri rischi infiltrativi), svolta dal controllo giudiziario a domanda.

Proprio tale funzione bonificante fa sì che gli esiti del controllo giudiziario non possano considerarsi del tutto irrilevanti ai fini della successiva valutazione del Prefetto. Di talché, un provvedimento che confermasse l'interdittiva senza tenere in alcuna considerazione lo svolgimento del controllo giudiziario non potrebbe che risultare viziato per eccesso di potere.

Ciononostante, da quanto detto non deriva alcun vincolo automatico per la Prefettura che può legittimamente ritenere sulla base della globale valutazione degli elementi a sua disposizione, alcuni dei quali peraltro difficilmente conoscibili dall'amministratore

giudiziario, che l'impresa in questione non sia stata effettivamente bonificata e che un rischio infiltrativo continui a persistere.

Del tutto legittimo dunque il provvedimento che, nonostante l'esito positivo del controllo giudiziario, vada a confermare, al termine del doveroso procedimento di aggiornamento, l'informazione antimafia, ciò «purché ne dia compiuta e concludente evidenza in sede motivazionale e non manchi di ponderarli con il percorso compiuto dall'imprenditore in costanza del controllo giudiziario, da valutare anche alla luce della storia del medesimo e delle ragioni del primigenio sorgere del rischio infiltrativo»^[18].

Nel caso di specie, il Collegio ha ritenuto più che sufficiente la motivazione approntata dal Prefetto e, conseguentemente, ha rigettato il ricorso.

4. Alcune considerazioni sul primo 'ciclo' di relazioni

Appare evidente che l'esigenza più sentita in tema di normativa antimafia sia quella della coerenza sistematica; il mosaico di regole delineato dal Legislatore è estremamente complesso e costringe spesso gli interpreti a notevoli sforzi ermeneutici al fine di mantenere la coerenza e la ragionevolezza della loro interpretazione.

Non stupisce, infatti, che la copiosa giurisprudenza in materia si focalizzi frequentemente sulla *ratio* delle diverse norme che si intersecano in questo crocevia di tutele, tentando di riportarle – per quanto possibile – a factor comune.

La stessa sentenza in commento non si esime dallo svolgere considerazioni sul punto, partendo – al fine di definire la specifica questione oggetto di controversia – dalla distinzione concettuale che sussiste tra le valutazioni amministrative (ed il loro sindacato da parte del giudice amministrativo) e quelle svolte in sede penale. Non si può negare, in effetti, che la comprensione di questo primo ciclo di relazioni tra le normative in questione sia dirimente al fine di risolvere le problematiche afferenti all'altro ciclo, ossia a quello riguardante il riesame dell'atto prefettizio a seguito di controllo giudiziario.

Il tema, per l'appunto, è stato recentissimamente oggetto di due identiche ordinanze^[19] del Consiglio di Stato con le quali la Sezione ha rimesso la decisione – ai sensi dell'art. 99 c.p.a. – all'Adunanza Plenaria. La questione, in questo caso, riguarda la necessità o meno di sospendere il giudizio amministrativo sull'interdittiva antimafia ogni qual volta l'impresa attinta acceda al controllo giudiziario.

Tali ordinanze risultano interessanti anche ai fini della tematica oggetto del presente contributo poiché, ricapitolando i diversi orientamenti giurisprudenziali inerenti alla sospensione del giudizio e affermando una propensione – sulla base dell'assunto che vede le valutazioni svolte nelle due sedi come intrinsecamente diverse e separate – per l'orientamento che nega la possibilità di sospendere o di rinviare il giudizio, affermano pure che «Il provvedimento positivo emesso dal Tribunale della prevenzione all'esito del controllo giudiziario si esprime sulle sopravvenienze rispetto alle interdittive e dunque: da un lato, non incide sull'esito del giudizio amministrativo che risulti ancora pendente (avente per oggetto la legittimità dell'interdittiva, da esaminare tenendo conto degli elementi sussistenti al

momento dell'interdittiva). Dall'altro, non può che rilevare in sede procedimentale, quando l'impresa formuli al Prefetto una istanza di riesame»[20].

In altri e più chiari termini, il controllo giudiziario ed i suoi esiti rappresentano elementi estranei al giudizio sulla legittimità dell'interdittiva, poiché rientrano tra le sopravvenienze successive alla medesima. La ragione di ciò risiede nel fatto che il provvedimento interdittivo “fotografa” la situazione di una determinata impresa in un certo momento nel tempo, ritenendola passibile di infiltrazioni mafiose; tale provvedimento dunque si rivolge sempre al passato ed il giudizio svolto dal giudice amministrativo sulla sua legittimità non può che guardare al tempo in cui è stato adottato, a nulla rilevando le sopravvenienze successive. Il fatto che un'azienda ritenuta a rischio dalla Prefettura sia stata successivamente “bonificata” tramite controllo giudiziario non implica l'illegittimità del precedente provvedimento interdittivo. Al più, ciò deporrà a favore del buon funzionamento del controllo svolto dall'amministratore giudiziario.

Da tale impostazione, la terza Sezione del Consiglio di Stato – pur rimettendosi alla Plenaria – deriva l'erroneità dell'orientamento che riteneva necessario sospendere il giudizio amministrativo sull'interdittiva in pendenza di controllo giudiziario.

Non meno interessante, però, è ciò che si può derivare sul versante del secondo ciclo di relazioni.

5. Il secondo ciclo di relazioni

Con riferimento al secondo ciclo relazionale, ossia – come si è più volte detto – quello intercorrente tra l'esito positivo del controllo giudiziario e il successivo riesame prefettizio[21], gli esiti sortiti dal controllo in sede penale devono certamente refluire in sede di aggiornamento del provvedimento interdittivo, sebbene in maniera non vincolante.

Il procedimento di aggiornamento, infatti, rappresenta un tassello fondamentale della normativa in oggetto, permettendo di bilanciare le esigenze della prevenzione antimafia con i diritti fondamentali di rango costituzionale da esso incisi, quale – ad esempio – la libertà di iniziativa economica sancita dall'articolo 41 della Costituzione. La provvisorietà intrinseca dell'informazione interdittiva è essenziale al fine del rispetto dei principi di legalità e di tassatività intesi sia in senso formale, sia in senso sostanziale[22].

Ciò che risulta fondamentale è che l'aggiornamento dell'interdittiva sia fondato sulla valutazione degli elementi intervenuti a seguito del provvedimento originario. Se il giudizio amministrativo sull'interdittiva emessa riguarda solamente la legittimità dei presupposti al momento della sua adozione, il suo riesame – affinché possa effettivamente svolgere il ruolo di garanzia affidatogli – deve tenere da conto il mutamento di quel quadro indiziario globale che aveva condotto la Prefettura alla valutazione della presenza di un rischio infiltrativo, sulla base del paradigma cognitivo del “più probabile che non”. Come afferma il T.A.R. Napoli «l'attualità del quadro indiziario, da cui trarre la sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa, permane fino all'intervento di circostanze nuove, ulteriori rispetto ad una precedente valutazione di presenza di tentativi siffatti, che evidenzino il venir meno della situazione di pericolo»[23] e il rischio d'infiltrazione può considerarsi venuto meno «per il

sopraggiungere di fatti positivi, idonei a dar conto di un nuovo e consolidato operare dei soggetti a cui è stato ricollegato il pericolo, che persuasivamente e fattivamente dimostri l'inattendibilità della situazione rilevata in precedenza»[24].

Da quanto detto derivano alcune considerazioni. In primo luogo, non si può negare che tra le sopravvenienze rilevanti ai fini dell'aggiornamento prefettizio debba considerarsi l'esito positivo del controllo giudiziario, tant'è che lo stesso Consiglio di Stato lo afferma sia nella sentenza in commento, sia nelle recenti ordinanze di cui *supra*, ove suggerisce che «si potrebbe considerare sussistente un obbligo del Prefetto di provvedere sulla istanza di riesame, dovendo avere rilevanza la sopravvenienza tenuta in considerazione dal legislatore (la conclusione positiva del controllo giudiziario)»[25]. Affermazioni di questo genere, peraltro, paiono corroborare l'idea che l'esito positivo di detto controllo non solo sia rilevante, ma debba anche avere un certo peso nella rivalutazione del Prefetto.

In secondo luogo – e come si è già detto – dall'esito del controllo giudiziario non deriva alcun vincolo per il Prefetto che ben potrà confermare il provvedimento interdittivo. Ciò pare ragionevole sulla scorta di quanto detto fino a questo momento. Prevenzione amministrativa e prevenzione penale – ancorché comunicanti – sono essenzialmente diverse, anche in relazione all'oggetto delle loro valutazioni. Diverse sono anche le autorità competenti e – conseguentemente – gli elementi indiziari e conoscitivi a disposizione. A tal proposito, la sentenza in commento ci ricorda che anche se «il controllo giudiziario è idoneo a creare un ambiente di impresa e di relazioni commerciali “garantito”, caratterizzato dal controllo analitico dell'amministratore sugli atti di disposizione [...] Potrebbero tuttavia verificarsi vicende non facilmente intercettabili dall'amministratore giudiziario in quanto destinate a muoversi sul piano dei rapporti personali dell'imprenditore e degli ambienti familiari e sociali nel quale egli opera»[26]; inoltre l'informativa è frutto «di una visione ampia che ingloba anche la storia dell'imprenditore, i suoi legami passati e le pregresse vicende, nei limiti in cui esse siano ancora significative e portatrici di un potenziale pregiudicante ancora provvisto di riverberi attualità»[27].

In terzo luogo tuttavia – e ciò pare meritevole di essere sottolineato – se, d'un lato, si riconosce la pregnanza dell'esito positivo del controllo giudiziario come sopravvenienza oggetto di necessaria valutazione da parte del Prefetto e, d'altro lato, si conferma la libertà di quest'ultimo di riconfermare l'interdittiva qualora – a seguito di una valutazione globale della storia dell'imprenditore che tenga conto anche dei fatti sopravvenuti – ritenga ancora attuale il rischio infiltrativo, diviene assolutamente fondamentale l'aspetto motivazionale del provvedimento amministrativo confermativo. Se si vuole evitare che l'atto amministrativo in questione risulti viziato per eccesso di potere, è necessario che la sua motivazione dia debitamente conto delle ragioni concrete che – nonostante la valutazione positiva dell'amministratore giudiziario – non permettono di fugare i dubbi dell'Autorità amministrativa[28].

La centralità dell'apparato motivazionale del provvedimento amministrativo di conferma dell'interdittiva – che si ricorda essere un provvedimento autonomo fondato su di una nuova ed attualizzata valutazione dei presupposti dell'informativa – sta emergendo sempre più chiaramente in giurisprudenza. Sia sufficiente il riferimento alla recentissima decisione del T.A.R. Bari[29], ove il giudice amministrativo di prime cure – fatti propri i principi espressi dalla sentenza oggetto del presente commento – ha accolto il ricorso presentato dall'impresa attinta dal provvedimento interdittivo, nonostante l'esito positivo del controllo giudiziario.

L'accoglimento è stato fondato interamente sul difetto di motivazione^[30] del provvedimento prefettizio che non avrebbe preso in considerazione – se non in via del tutto formale – gli elementi riportati nella relazione dell'amministratore giudiziario.

Il fatto che il giudice amministrativo stia dimostrando – nonostante la notevole *vis* attrattiva delle istanze preventive in un ambito sentito e delicato quale quello della lotta alla criminalità organizzata – un'notevole attenzione a non cadere in facili atteggiamenti di deferenza rappresenta – quantomeno a parere di chi scrive – un segnale importante. L'effettività e l'efficienza del sistema amministrativo di prevenzione dipendono in gran parte dalle sue ragionevolezza e proporzionalità.

6. Considerazioni a carattere conclusivo

Gli orientamenti esposti fino a questo momento relativamente ai diversi, separati, eppur comunicanti, cicli relazionali tra gli istituti giuridici coinvolti, paiono sostanzialmente convincenti poiché riescono nell'impresa di mantenere – operando anche una ricostruzione finalistica degli istituti stessi – la coerenza del sistema nel suo complesso.

Tuttavia, è da considerare che la riforma del 2021, la quale – come si è anticipato in premessa – ha introdotto anche nel sistema delle prevenzioni amministrative un doppio binario fondato sulla distinzione tra infiltrazione occasionale e strutturata – cui corrispondono rispettivamente le misure della prevenzione collaborativa e dell'informazione interdittiva – ha nuovamente complicato il quadro d'insieme.

Come si è detto, in primo luogo, si pone un problema in relazione al perdurare della necessità del c.d. “ponte” costituito dal controllo giudiziario a domanda. La questione non è di poco momento rispetto a quanto si è in precedenza descritto, dal momento che si pone il rischio – vista la valutazione di occasionalità o meno che la Prefettura è oggi tenuta ad effettuare in via preliminare – di trasformare la valutazione del giudice penale in sede di controllo giudiziario in una critica ai presupposti dell'informativa^[31], modalità estranea a quanto si è cercato di delineare fino a questo punto.

In secondo luogo, poi, un problema si pone certamente in sede di aggiornamento dell'interdittiva a seguito di controllo giudiziario positivamente conclusosi; a seguito della riforma, come si diceva, la Prefettura che adotti il provvedimento interdittivo effettua non più una generica valutazione di rischio, ma deve giudicare il rischio come non meramente occasionale. Ebbene, il controllo giudiziario – a sua volta – si basa su una valutazione di occasionalità del pericolo infiltrativo, da cui il problema che si accennava. Di talché, in sede di aggiornamento dell'informativa per esito positivo di detto controllo, il Prefetto che riconfermasse la necessità del provvedimento interdittivo non si limiterebbe più ad affermare la generica e sufficiente presenza – sulla base dei suoi particolari criteri di valutazione – di un rischio infiltrativo non eliminato dalla bonifica dell'amministratore giudiziario, ma dovrebbe affermare la persistenza di un rischio infiltrativo “strutturato” a fronte di un controllo giudiziario – di per sé già basato su una valutazione di occasionalità del rischio – conclusosi favorevolmente per l'impresa e che, dunque, ha ritenuto non più sussistente – sempre secondo i suoi diversi canoni di giudizio – alcun pericolo, nemmeno occasionale.

Ebbene, se prima della riforma, la riconferma del provvedimento interdittivo poteva facilmente giustificarsi sulla sola base delle differenze tra la cognizione svolta in sede penale ed amministrativa, in ragione del fatto che le due diverse modalità di valutazione ben potevano portare la Prefettura a ritenere presente un rischio occasionale invece escluso dall'amministratore giudiziario, oggi, successivamente alla riforma del 2021, potrebbe discutersi della possibilità per l'autorità prefettizia di confermare un provvedimento interdittivo – che dovrebbe basarsi sull'accertamento di un rischio strutturato – a suo tempo sospeso dall'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario conclusosi positivamente, e dunque con una valutazione di assenza di pericolo, anche occasionale.

Nel contesto che si è descritto – con ogni probabilità – la chiave di volta del sistema dovrebbe risiedere – oltre che nella pregnanza della motivazione prefettizia – nel garantire la massima partecipazione possibile delle imprese al procedimento di riesame dell'interdittiva, di modo che il potere esercitato dalla Prefettura – eventualmente sfavorevole al suo destinatario – possa fondarsi su elementi consistenti assunti nel pieno contraddittorio procedimentale^[32].

[1] Sul tema della proporzionalità della misura interdittiva si è espressa la Corte costituzionale in Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 4, e in Corte. Cost., 26 marzo 2020, n. 57, ove si afferma che «Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 89-bis e 92, commi 3 e 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, censurati per violazione degli artt. 3 e 41 Cost., in quanto estendono gli effetti della informazione antimafia interdittiva agli atti funzionali all'esercizio di una attività imprenditoriale puramente privatistica, così privando un soggetto del diritto di esercitare l'iniziativa economica, ponendolo nella stessa situazione di colui che risulti destinatario di una misura di prevenzione personale applicata con provvedimento definitivo. La risposta amministrativa non si può ritenere sproporzionata rispetto ai valori in gioco, la cui tutela impone di colpire in anticipo il grave e persistente fenomeno mafioso, anche tenuto conto del carattere provvisorio della misura. L'efficacia immediata del provvedimento è poi connaturata ai provvedimenti amministrativi, e alla stessa si può comunque porre rimedio in sede giurisdizionale con una pressoché immediata sospensione nella fase cautelare». La sentenza presenta l'autorevole nota di F.G. Scoca, *Adeguatezza e proporzionalità nella lotta "anticipata" alla mafia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 2. Sul punto si richiamano anche F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *Giustamm.*, 2018, 6; A. Longo *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *Nomos*, 2020, 2; R. Rolli, M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e questioni di legittimità costituzionale (nota a ord.za TAR - Reggio Calabria, 11 dicembre 2020, n. 732)*, in *Giustiziainsieme*, 2020. Si richiama anche al recentissima sentenza Corte Cost., 8 luglio 2022, n. 180, ove si tratta il tema – legato a quello della proporzionalità – della legittimità dell'art. 92 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ove non prevede – come invece dispone l'art. 67, comma 5, cod. antimafia per le licenze e le autorizzazioni di polizia – il potere del Prefetto di tenere in considerazione l'effetto dell'interdittiva sulla capacità di sostentamento del suo destinatario. La questione era stata già oggetto di attenzione da parte del Corte nella citata sentenza n. 57/2020, ma anche la sentenza del 2022 – pur riaffermando la necessità di un ripensamento legislativo della normativa – ha respinto la questione di legittimità costituzionale, non ritenendo auspicabili il perseguimento di tale via.

[2] Cons. Stato, Sez. III, 16 giugno 2022, n. 4912.

[3] Sul punto, senza pretesa di esaustività, si richiamano M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in *Giustiziainsieme*, 2022; G. Veltri, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022; R. Rolli, M. Maggiolini, *Accertamento penale e valutazione amministrativa: pluriformi verità (nota Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, decreto presidenziale n. 544 del 3 agosto 2021)*, in *Giustiziainsieme*, 2022; R. Rolli, M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e giudicato penale (nota a Consiglio di Stato sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049)*, in *Giustiziainsieme*, 2021; R. Rolli, M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e controllo giudiziario (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 11 gennaio 2021, n. 319)*, in *Giustiziainsieme*, 2021.

[4] D.l. 6 novembre 2021, n. 152. Sulle novità della riforma, si veda anche D. Albanese, *Le modifiche del d.l. 152/2021 al 'codice antimafia': maggiori garanzie nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e nuove misure di 'prevenzione collaborativa'*, in *Sistema penale*, 2022; M. Vulcano, *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 11.

[5] R. Rolli, M. Maggiolini, *Accertamento penale e valutazione amministrativa: pluriformi verità*, cit.; R. Rolli, M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e giudicato penale*, cit.; 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*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, 1125-1164.

[6] D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

[7] Cass. 28 gennaio 2021, n. 9122.

[8] G. Veltri, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, cit.

[9] A seguito dell'introduzione del controllo giudiziario a domanda, che presuppone l'interdittiva, si è reso necessario prevedere l'obbligo di aggiornamento di quest'ultima a seguito dell'ammissione al primo. Sul punto T.A.R. Catania, 1 maggio 2022, n. 1219, «Al di là del dato normativo, per come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale con la sentenza n. 57/2020 sopra citata, la quale non riconosce una definitiva ultrattività dell'interdittiva, il Collegio ritiene che una lettura costituzionalmente orientata della normativa di cui all'art. 34 bis co. 6 e 7 del Codice Antimafia, impone che al decorso del termine di efficacia del disposto controllo sia già stato avviato e concluso il procedimento di verifica della persistenza o meno del pericolo di infiltrazione mafiosa, tenuto conto della condotta assunta dall'impresa durante il periodo del controllo. Pertanto, mentre in generale, per come detto sopra, spetta all'interessato fornire elementi nuovi che giustifichino la revisione del negativo giudizio prognostico insito in un provvedimento interdittivo al fine di ottenere l'aggiornamento del provvedimento negativo, nel caso dell'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario, l'istruttoria deve essere avviata d'ufficio, perché l'elemento nuovo è fornito dal giudice della prevenzione, che ha qualificato il contatto come occasionale e che ha ritenuto l'impresa potenzialmente suscettibile di essere risanata», inoltre «il provvedimento di aggiornamento non è un atto meramente confermativo della precedente interdittiva, ma un nuovo provvedimento, che giunge all'esito della necessaria, rinnovata istruttoria, la quale deve obbligatoriamente tenere conto di quanto accaduto durante il periodo di controllo giudiziario».

[10] Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2016, n. 32, richiamata nello scritto di F.G. Scoca, *Adeguatezza e proporzionalità nella lotta "anticipata" alla mafia*, cit., «Il Consiglio di Stato ha elaborato una teoria, che suscita ammirazione per la intuizione giuridica e insieme forti perplessità per la sua fondatezza: considera, cioè, che effetto della informazione interdittiva sia una particolare forma di incapacità giuridica della impresa a rischio di infiltrazione: essa diverrebbe incapace di stipulare contratti e di essere parte nei conseguenti rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione».

[11] T.A.R. Calabria, 29 luglio 2021, n. 1545 «Il fine ultimo della misura, è quello di incentivare l'interruzione, attraverso l'adozione di misure di *self-cleaning*, di ogni occasione di contatto con il mondo della criminalità organizzata, da cui può sorgere il pericolo di infiltrazione mafiosa, onde consentire la riammissione dell'operatore economico nel mercato, libero da condizionamenti criminali [...] I dati fattuali sintomatici del pericolo di infiltrazione mafiosa che siano antecedenti al periodo di controllo giudiziario, dunque, possono essere valorizzati dall'amministrazione solo se ad essi corrispondano dati che attualizzano il pericolo».

[12] Cons. Stato, 4912/2022, cit.

[13] *Ibidem*.

[14] Cons. Stato, n. 4912/2022, cit.

[15] *Ivi*.

[16] Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049; Cass. pen., Sez. VI, 9 maggio 2019, n. 26342.

[17] Cons. Stato, n. 4912/2022, cit.

[18] Cons. Stato, n. 4912/2022, cit., par. 5.

[19] Cons. Stato, Sez. III, 6 luglio 2022, n. 5615; Cons. Stato, Sez. III, 6 luglio 2022, n. 5624.

[20] *Ivi*, par. 26.

[21] Oggi da considerarsi obbligatorio.

[22] T.A.R. Veneto (Venezia), Sez. I, 15 febbraio 2021, n. 208, «Deve essere sottolineata l'importanza e la centralità del riesame periodico delle interdittive antimafia a cui sono chiamate le autorità prefettizie. Sono infatti il carattere provvisorio della misura e la possibilità che la stessa possa essere rivista gli elementi che garantiscono il rispetto del principio di proporzionalità tra le esigenze di prevenzione cui risponde l'azione amministrativa in questa specifica materia e la inevitabile limitazione alla tutela della libertà di impresa e al diritto all'iniziativa economica garantito dall'art. 41 della Costituzione che una tale configurazione dell'istituto comporta».

[23] T.A.R. Campania (Napoli), Sez. I, 17 aprile 2020, n. 1387.

[24] *Ivi*.

[25] Cons. Stato, n. 5615/2022, cit.

[26] Cons. Stato, n. 4912/2022, cit., par. 4. - 4.1.

[27] *Ivi*, par. 4.2.

[28] *Ivi*, par. 5.

[29] T.A.R. Puglia, Sez. II, 15 luglio 2022, n. 1044.

[30] *Ivi*, par. 3.1. «Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, ritiene il Collegio che la valutazione prefettizia di conferma dell'interdittiva sia illegittima per difetto e/o erronea istruttoria e carenza di motivazione».

[31] G. Veltri, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, cit.

[32] Trattasi di questione tutt'altro che ovvia, dal momento che – pur essendo previsto dalla normativa antimafia (art. 92, c. 2-bis, cod. ant.) – il contraddittorio è spesso svuotato della sua effettività. R. Rolli, M. Maggiolini, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale (nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979)*, *Giustiziainsieme*, 2020; R. Rolli, M. Maggiolini, *Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittiva antimafia (nota a Ordinanza TAR Lecce, sez. III, n. 116/2022)*, in *Giustiziainsieme*, 2021; M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, cit.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2218 – 4 marzo 2022

**Le cause di incompatibilità a presidio dell'imparzialità del giudice amministrativo
(nota a Cons. St., sez. V, 6 aprile 2021, n. 2759)**

di Vinicio Brigante

Sommario: 1. La vicenda processuale. Rapporti di parentela, persistenza e decadenza dei profili di incompatibilità. - 2. Il Consiglio di Stato 2759/2021. A presidio dell'imparzialità della giustizia amministrativa. - 3. L'immutabile attualità dei profili di incompatibilità. Brevi note conclusive su obblighi motivazionali (ingiustificatamente) differenziati.

1. La vicenda processuale. Rapporti di parentela, persistenza e decadenza delle cause di incompatibilità

La sentenza in commento si pone quale occasione di riflessione sul regime delle cause di incompatibilità poste a presidio dell'imparzialità^[i] del giudice amministrativo^[ii], tema che non smarrisce ma accresce il suo fascino con l'evolversi del sistema di giustizia amministrativa^[iii].

La compiuta strutturazione del processo amministrativo operata dal codice del processo amministrativo e l'attenuazione della distinzione tra giurisdizione ordinaria e amministrativa rafforzano l'esigenza di assicurare il rispetto del principio del giusto processo^[iv] e sottolineano, come strutturale e coerente corollario, la necessità di garantire e preservare il 'giudice giusto'.

Nel caso del giudice amministrativo, il profilo si rivela particolarmente problematico se solo si considera che è comune l'osservazione per cui l'indipendenza della giurisdizione intesa in

termini di principio fondante, di cui all'art. 104 Cost., deve essere graduata, poiché il modello elaborato dalla Costituente prevede un'indipendenza 'forte' per la magistratura ordinaria, e una 'sufficiente' per le altre magistrature^[v] (*amplius, v. infra* par. § 3).

Preliminarmente, si rende necessaria la ricostruzione storico-processuale della vicenda, al fine di poter apprezzare le specifiche caratteristiche del caso e, in che modo e con che intensità le stesse incidano sulla fondatezza dell'emergere di cause di incompatibilità del giudice amministrativo.

La vicenda dedotta in giudizio ha ad oggetto un profilo di incompatibilità legato alla sussistenza della relazione familiare di un magistrato - nelle more della sua partecipazione, come istante, a diversi interPELLI, tra cui quello a presidente di un ufficio giudiziario mono sezionale - con la figlia, avvocato nello stesso foro in cui è sito l'ufficio giudiziario, titolare di diverse cause pendenti dinanzi all'unica sezione del T.A.R. per la quale è presentata la domanda.

Il magistrato in questione ha partecipato agli interPELLI per il conferimento degli incarichi di presidente del T.A.R. Marche, ufficio mono sezionale - circostanza che ha un suo autonomo rilievo operativo rispetto ai profili di incompatibilità, come intuibile - e di presidente della Terza sezione del T.A.R. Lazio, esprimendo preferenza per la prima soluzione di interPELLO.

La competente Commissione consiliare, dopo aver respinto la proposta del relatore di accertare la causa di incompatibilità^[vi], connessa alla circostanza che la figlia dell'appellante svolgesse la professione di avvocato nel foro di pertinenza del T.A.R. Marche - con nove liti pendenti dinanzi allo stesso plesso giurisdizionale - ha proposto in ogni caso al *Plenum* la nomina, che lo stesso *Plenum*, tuttavia, respingeva.

In primo grado, si deduceva l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per travisamento dei fatti e vizio della motivazione, poiché, in precedenza, rispetto ad altre vicende, il C.G.P.A. aveva escluso la persistenza dell'incompatibilità, allorquando emergesse in maniera chiara l'impegno a rimuovere la causa di incompatibilità, quindi, nel caso di specie, in presenza dell'impegno della figlia ad astenersi da ogni attività dinanzi al T.A.R. Marche- impegno che era stato formalizzato e reso conoscibile dalla stessa figlia - si sarebbe dovuti giungere alla medesima soluzione. Come si vedrà, la peculiarità ambientale della vicenda non consentiva di percorrere tale strada interpretativa.

Il T.A.R. ha accolto il ricorso, con relativo annullamento, per difetto di motivazione e di istruttoria, del decreto di nomina. Per il giudice di prime cure, il C.G.P.A. ha esaminato il profilo di incompatibilità ambientale, ma con evidenti lacune istruttorie; nello specifico, ha omesso di considerare l'impegno della figlia del ricorrente a non esercitare, in alcuna forma, attività legale o di consulenza, rispetto a liti pendenti dinanzi all'ufficio giudiziario di interesse per la vicenda, ossia il T.A.R. Marche.

Per il giudice di prime cure, il C.G.P.A., a fronte di un impegno di astensione come quello palesato, avrebbe dovuto ritenere rimossa la causa di incompatibilità, fermo restando che qualora lo stesso C.G.P.A. ravvisi la reviviscenza dello stato di incompatibilità, è tenuto ad accertarlo con adeguata istruttoria e a legittimarne la relativa persistenza con specifica motivazione.

Si deve osservare che l'incompatibilità di sede per i rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione legale rinviene il proprio fondamento, in termini di razionalità della previsione, nel carattere di indipendenza^[vii] della giurisdizione, che non tollera neppure 'apparenze di condizionamenti', poiché si pone quale presidio di carattere preventivo, diretto a preservare il profilo dell'imparzialità in tutti i suoi aspetti, anche solo potenziali.

Inoltre, la circolare adottata dal C.G.P.A. il 12 ottobre 2006 sul tema si propone di operare un bilanciamento tra interessi confliggenti, con una graduazione che si basa su diversi parametri e fattori, tra cui la dimensione dell'ufficio e del foro locale, la funzione esercitata dal magistrato e il settore d'esercizio dell'avvocato; per il T.A.R. emerge il regime di incompatibilità più severo e serrato proprio per i dirigenti degli uffici giudiziari - posizione per la quale è presentato interpello - ma, per mitigare ciò, si impone la necessità di adeguare e graduare tale regime alle dinamiche proprie e peculiari della giurisdizione amministrativa, specie per ciò che riguarda gli uffici mono sezionali.

Il giudice di prime cure ha pertanto escluso che il regime giuridico così delineato si presenti in termini assolutamente ostativi rispetto al conferimento dell'incarico direttivo, poiché si rende necessario indagare concretamente lo stato concreto delle dinamiche relazionali e proprio il C.G.P.A. è obbligato a esprimere, dopo adeguata e motivata istruttoria, la sussistenza nel tempo delle cause di incompatibilità.

Per tale ragione, il T.A.R. ha ritenuto che il C.G.P.A. abbia esaminato il profilo dell'incompatibilità ambientale rispetto alla procedura generata dall'istanza per l'interpello, senza istruire adeguatamente la vicenda e, nello specifico, senza considerare adeguatamente l'impegno del familiare che esercita la professione forense di non esercitare attività di consulenza legale, anche stragiudiziale, così da rifuggire anche dalle apparenze di condizionamenti cui si è fatto cenno.

Rispetto a tale impegno, radicale poiché comprende anche la rinuncia alle cause pendenti, l'incompatibilità non può essere rilevata, se non in casi specifici e eccezionali e, in ogni caso, dopo adeguata istruttoria e motivazione.

Tale dichiarazione di volontà e di intenti da parte del parente del magistrato, anche qualora si tratti di uffici mono sezionali, impone che il C.G.P.A. lo consideri alla stregua della rimozione dello stato di incompatibilità ambientale. La persistenza di un pericolo per l'imparzialità dell'ufficio giudiziario deve essere - a giudizio del T.A.R. - in ogni caso, adeguatamente oggetto di istruttoria e deve essere specificatamente e dettagliatamente motivato, al fine di palesare l'iter logico motivazionale del bilanciamento in concreto operato^[viii].

2. Il Consiglio di Stato 2759/2021. A presidio dell'imparzialità della giustizia amministrativa

L'appello presentato avverso la sentenza di primo grado, oltre a porre una interessante questione circa i c.d. effetti demolitori 'domino' con conseguente e necessaria distinzione tra consequenzialità organizzativa e diacronica, si basa sull'asserita erronea e falsa applicazione, da parte del giudice di prime cure, dell'art. 18, 3° e 4° comma, del r.d. 30 gennaio 1941, n.

12, che avrebbe portato ad attribuire un'impropria efficacia 'scriminante generalizzata' rispetto al tema dell'incompatibilità parentale, basandosi sulla semplice dichiarazione di astensione rilasciata dal familiare che svolge la professione forense, inoltre in forma individuale.

Proprio questa dichiarazione di impegno comporta l'emergere di una presunzione di compatibilità, che onera, in ogni caso, il C.G.P.A. ad operare un supplemento istruttorio, volto a escludere la persistenza di cause contrarie; si tratta, a ben vedere, di una presunzione che richiede un'istruttoria, non solo supplementare, ma autonoma, che, come tale, non solleva il C.G.P.A. dall'accertamento concreto della vicenda.

La sentenza di primo grado avrebbe, in altri termini, svalutato la portata incondizionata dell'art. 18 citato, rispetto alle ipotesi di applicazione della norma agli uffici mono sezionali e ai ruoli direttivi.

Per il Consiglio di Stato, l'appello è fondato, poiché la dichiarazione di impegno del familiare atipica ed espressa in forma privata, a rinunciare formalmente al mandato in tutti i giudizi pendenti e a non assumere futuri incarichi, anche stragiudiziali, per tutto il lasso di tempo in cui il genitore rimanga in carica nel ruolo di presidente dell'ufficio giudiziario comporta una semplice presunzione di superamento dell'incompatibilità, ma non il superamento in sé, subordinato ad adeguata istruttoria che deve essere condotto dal C.G.P.A., al fine di dimostrare concretamente la sussistenza di profili di incompatibilità ambientale.

La disposizione in tema di incompatibilità di sede, quindi di carattere territoriale, rispetto ai rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense, ha carattere generale e provvede ad indicare i criteri di verifica della ricorrenza delle cause, che tengono in considerazione, tra gli altri, la dimensione dell'ufficio giudiziario - con riguardo ai profili di organizzazione tabellare - la materia trattata dal magistrato e dall'avvocato con cui sussiste il rapporto di parentela e la funzione specialistica dell'ufficio giudiziario.

A corredo di tali criteri, il C.G.P.A., come osservato, rimette la scelta discrezionale all'organo di autogoverno^[ix], rispetto a dimensioni di ufficio e foro locale, alle funzioni direttive del magistrato e altri fattori utili alla valutazione.

Le regole più rigorose in tema di incompatibilità, tuttavia, fissate dalla norma - art. 18 cit., 3° comma - ricorrono rispetto agli uffici giudiziari mono sezionali - la cui *ratio* è evidente, poiché non vi sarebbero opportunità di sostituzione a seguito di astensione^[x] - che comporta una riduzione del margine di valutazione discrezionale in capo all'organo di autogoverno, poiché si palesa la presunzione *iuris et de jure* dell'incompatibilità in tali uffici giudiziari.

Inoltre, il 4° comma dello stesso art. 18 citato comporta la presunzione della sussistenza della situazione di incompatibilità per i magistrati preposti a incarichi direttivi dell'ufficio giudiziario.

Entrambe le situazioni ricorrono nella ipotesi in esame.

Il combinato disposto delle due disposizioni nega, a priori, il carattere di idoneità della soluzione prospettata dal T.A.R., ossia valorizzare l'impegno personale del parente che svolge la professione forense a rinunciare ai carichi pendenti e futuri, anche relativi all'attività

stragiudiziale. Tale impegno non è adeguato a rimuovere lo stato di incompatibilità previsto dalle disposizioni, non solo a tutela imparzialità in quanto tale, ma anche rispetto alla ‘semplice apparenza dell’imparzialità e della terzietà del magistrato’.

Emerge un’anticipazione della soglia della tutela, diretta non solo a rimuovere strutturalmente la causa di incompatibilità, ma anche a evitare che permangano dubbi, anche solo apparenti o percepiti, sull’imparzialità dell’ufficio giudiziario. È valorizzato e perseguito il più persistente grado di fiducia che deve intercorrere tra cittadini e potere giudiziario, peraltro rispetto a ipotesi nelle quali i profili che minano l’imparzialità sono percepiti come insuperabili.

Si tratta, in altri termini, di garantire e preservare il necessario rapporto di affidamento che sussiste tra cittadini e plesso giurisdizionale, esigenza che emerge anche dall’analisi di disposizioni sovranazionali, rispetto all’elemento distintivo del c.d. *diritto al giudice* (art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, art. 6 CEDU)[[xi](#)].

Si osserva l’esistenza di un regime di incompatibilità assoluto, legato alle circostanze menzionate dai commi 3° e 4° dell’art. 18, e, come tale, si palesa una preclusione rispetto a eventuali prove contrarie, poiché è un regime che opera per categorie e non sulla base dell’istruttoria, che non può sovvertire tale assetto.

Tale circostanza è assorbente ai fini del decidere, ma appare opportuno svolgere qualche breve riflessione rispetto agli altri motivi di appello, diretti a contestare la configurabilità dei difetti di motivazione e istruttoria della delibera del C.G.P.A.

Il diniego di proposta di nomina è motivato, pur nella forma sintetica che caratterizza strutturalmente le delibere collegiali, poiché sia l’ufficio mono sezionale del T.A.R. Marche, sia il relativo foro, sono di contenute dimensioni e, pertanto, l’incompatibilità è, come notato, anche rispetto all’affidamento ingenerato nei cittadini, tendenzialmente insuperabile.

Un ufficio così piccolo - e un corrispondente foro analogamente piccolo nelle dimensioni - palesa una situazione nella quale la decisione del *Plenum* non richiede l’assolvimento di un onere motivazionale specifico e dettagliato, poiché non vi è un margine di scelta, di esercizio di ponderazione, da richiedere tale sforzo motivazionale.

Per tali ragioni, il Consiglio di Stato accoglie l’appello delle amministrazioni e riforma la sentenza di primo grado, affermando, in concreto, la sussistenza e la non superabilità delle cause di incompatibilità.

3. L’immutabile attualità dei profili di incompatibilità. Brevi note conclusive su obblighi motivazionali (ingiustificatamente) differenziati

La decisione in commento si lascia apprezzare per diversi aspetti, specie rispetto alla vicenda concretamente dedotta in giudizio, ma si rendono necessarie sintetiche notazioni su alcuni profili critici emersi e, di fatto, irrisolti nella loro complessiva portata problematica.

Le disposizioni a presidio dell'imparzialità della giurisdizione nel suo complesso sono deputate a una funzione ineludibile, ossia salvaguardare il grado di fiducia che intercorre tra cittadini e uno dei tre poteri dello Stato moderno. Si tratta di disposizioni, che hanno ovviamente mutato veste, adattandosi ai tempi, ma che mirano in ogni caso a preservare il tratto che connota la legittimazione del giudice rispetto alle parti in causa, l'equidistanza dagli interessi dedotti in giudizio.

Il tema deve essere calato nel contesto della giustizia amministrativa, in base al relativo, ma sempre discusso[xii], carattere di specialità, come noto, non ritenuto unanimemente necessario e vantaggioso[xiii].

L'elemento maggiormente critico, meritevole pertanto di apposita analisi, riguarda il tema della motivazione e le difformità degli obblighi relativi che incombono, con diverso grado precettivo, su giurisdizione ordinaria[xiv] e amministrativa, rispetto alle cause di incompatibilità, poiché emerge un evidente divario che persiste tra concezioni garantiste e riduzioniste della motivazione[xv].

Rispetto alla vicenda in commento, si osserva una ipotesi di declino di decisione motivata[xvi], poiché le disposizioni concernenti i profili di incompatibilità assorbirebbero in sé la scelta amministrativa e renderebbero superflua una motivazione dettagliata. Su tale profilo occorre svolgere almeno una breve considerazione.

La motivazione, come noto, rappresenta elemento posto a presidio della legittimazione del potere, ma pare che, rispetto a ragioni pratiche di un peculiare modo di interpretare il buon andamento e il principio di efficienza - per quanto di interesse, rispetto alle vicende processuali - anche degli organi di autogoverno della giustizia, la stessa debba avere carattere regressivo.

Corredare con apposita e adeguata motivazione il provvedimento con il quale si attesta l'esistenza o meno delle cause di incompatibilità poste a presidio della legittimazione del potere giudiziario sarebbe auspicabile, in primo luogo, per garantire la certezza nel tempo del provvedimento, e per consentire di valutare, in un secondo momento, la attualità o la necessità di sottoporlo a riesame. Solo un'adeguata motivazione può palesare i singoli elementi di fatto della circostanza concreta, a tutela non solo del destinatario, ma del valore che il provvedimento intende perseguire, l'imparzialità degli uffici giudiziari per quanto di interesse.

In secondo luogo, intuitivamente, la motivazione veicola l'attività amministrativa e consente di attivare un sindacato reale sull'attività svolta[xvii].

Da questo punto di vista non si apprezzano ragioni sufficienti a giustificare tale scollamento tra la motivazione dell'organo di autogoverno della giustizia amministrativa e quello preposto al medesimo ruolo per la giustizia ordinaria, posto che il valore presidiato dal provvedimento è il medesimo[xviii]. Ci si deve, pertanto e in termini preliminari, chiarire rispetto al connotato stesso di specialità del diritto amministrativo e della giurisdizione a presidio della relativa azione; se tale carattere viene meno, devono scongiurarsi deroghe e regimi giuridici differenziati.

Si deve garantire che “la giurisdizione si espliciti con serenità e senza condizionamenti di invincibili pregiudizi^[xix]”, ma si deve assicurare, analogamente, che tale obiettivo sia oggetto di adeguata motivazione, per evitare di incorrere in disposizioni che si tramutino in insuperabili petizioni di principio.

L'amministrazione e la giustizia amministrativa moderna dovrebbero tollerare di mal grado tutte le ipotesi di svilimento della motivazione, poiché allo stesso potrebbe associarsi un pericolo che andrebbe in ogni caso a detrimento dell'amministrato^[xx].

Il tema è troppo ampio e articolato e richiede analisi accurate che si premurino di analizzare il tema in un contesto di contemporaneità e di consapevole complessità.

La motivazione diretta a palesare la persistenza o il venir meno delle cause di incompatibilità concorre a legittimare la decisione degli organi di autogoverno delle diverse giurisdizioni e si pone, in via mediata, a presidio dello stesso canone di imparzialità, stretto, a sua volta, tra esigenze di legalità e di giustizia sostanziale^[xxi].

L'imparzialità non dovrebbe ammettere graduazioni, poiché si pone a presidio dell'ultimo baluardo di tutela avverso il potere pubblico; l'attività giurisdizionale, solo qualora sia scevra da qualsiasi tipo di condizionamento, anche solo apparente e potenziale, può garantire un sindacato deputato alla tutela dell'obiettività dell'attività amministrativa e, di conseguenza, come effetto indiretto, alla difesa degli amministrati.

[i] Sul tema, insuperata è l'analisi di A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 73 ss.; M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 143 ss.

[ii] Si v. M. Protto, *Le garanzie di indipendenza ed imparzialità del giudice nel processo amministrativo*, in G. Piperata, A. Sandulli (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni: indipendenza e imparzialità dei giudici*, Napoli, 2012, 95 ss., 98.

[iii] In chiave diacronica su tale evoluzione, cfr. F. Francario, *Riflessioni a margine del sistema di giustizia amministrativa di Umberto Borsi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, IV, Padova, 2007, 167 ss., 170.

[iv] M. Chiaviario, *Giusto processo ad vocem*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 2001, 3 ss.

[v] G. Verde, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 343, 346; di recente, A. Police, *Lezioni sul processo amministrativo*, Napoli, 2021, 7 ss.

[vi] Le cause di incompatibilità di cui all'art. 18, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, 'Ordinamento giudiziario', sono applicabili, in via estensiva, anche ai magistrati amministrativi, in virtù dell'art. 28, l. 27 aprile 1982, n. 186, 'Ordinamento della giurisdizione amministrativa e del personale di segreteria ed ausiliario del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali', rubricato 'Incompatibilità di funzioni', che stabilisce che “Ai magistrati amministrativi si applicano, anche per quanto riguarda l'esercizio di compiti diversi da quelli istituzionali e l'accettazione di incarichi di qualsiasi specie, le cause di incompatibilità e di ineleggibilità previste per i magistrati”; sul tema, di recente, in termini generali, P. Tanda, *Profili istituzionali, processuali e comparatistici dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2020, 697 ss.

[vii] Sul profilo della razionalità del requisito in esame nell'ambito delle disposizioni costituzionali, cfr. A. Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini. Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa'*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 91 ss., 93., P.A., rispetto alla nota opera di Orsi Battaglini, conferma la necessità di perseguire la tesi, invero radicale ma condivisibile, per la quale la

specialità del giudice amministrativo non sia foriera di deroghe di nessun genere che possano minare i principi generali posti a presidio del potere giurisdizionale.

[viii] La soluzione sarebbe coerente con il tema della distribuzione ‘a sorte’ dei fascicoli, come osservato da B. Tonoletti, *Il giudice naturale e l'organizzazione della giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 375 ss., mentre, come nel caso di specie, perde efficacia rispetto agli uffici mono sezionali.

[ix] Cfr., sul punto, F. Francario, *Autogoverno della magistratura e tutela giurisdizionale. Brevi cenni sui profili problematici della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei magistrati*, in questa *Rivista*, 2018, il quale osserva una disarmonia tra giustizia amministrativa e ordinaria che incide sui principi informatori del sistema complessivamente considerato.

[x] Si v. N. Pignatelli, *Profili costituzionali dell'astensione e della ricasazione del giudice amministrativo*, in *Quad. cost.*, 2013, 635.

[xi] Diffusamente, B. Randazzo, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1303 ss., 1310 (spec. par. § 1.4).

[xii] *Ex multis*, G. Berti, *La giustizia nell'amministrazione pubblica*, in *Studi economico-giuridici* (Vol. LIX), *In memoria di Franco Ledda*, I, Torino, 2004, 119, “l'amministrazione non è un ordinamento speciale, secondo le antiche ed ora ripudiate visioni della dottrina, ma l'altra faccia dell'ordinamento generale fondato sui diritti. La giustizia amministrativa si ripresenta dunque come struttura giustiziale appropriata al versante giuridico della responsabilità nell'ambito del generale ordinamento costituzionale”.

[xiii] Emblematicamente, S. Satta, *Giurisdizione. Nozioni generali ad vocem*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 226, la giustizia amministrativa svela il suo carattere di specialità - e le relative deviazioni rispetto al modello del processo civile - solo per la presenza della pubblica amministrazione; M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 102.

[xiv] Si v. la Circolare del CSM, n. P-12940, 25 maggio 2007, modificata con delibere del 1° aprile 2009 e 9 aprile 2014; si v., con riferimento al tema dell'autovincolo, M.R. Spasiano, *Nomina dei componenti togati del Comitato Direttivo della Scuola superiore della magistratura: è l'auto-vincolo a imporre il procedimento selettivo a carattere comparativo*, in questa *Rivista*, 2021, il quale analizza anche il tema del sindacato del g.a. sugli atti del CSM; si v., rispetto al controverso tema della individuazione della apposita giurisdizione, E. Zampetti, *Postilla a Il controverso requisito della permanenza in servizio del consigliere C.S.M. la decisione spetta al giudice ordinario*, in questa *Rivista*, 2021, il quale analizza la portata discrezionale delle delibere del CSM. In tema v. anche *Il Consiglio di Stato (e la nomina del) Presidente e (del) Presidente aggiunto della Corte di Cassazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 14 01 2022 nn. 267 e 268)*, in questa *Rivista*, 15 gennaio 2022.

[xv] Si v. G. Tropea, *Conferimento di incarichi del CSM e giudice amministrativo: il lungo addio all'ineffettività della tutela (Nota a Cons. St., sez. V, 15 luglio 2020, n. 4584)*, in questa *Rivista*, 2020, sul tema, controverso, del conferimento degli incarichi direttivi o semidirettivi; rispetto a una delle conseguenze plausibili in tema di incompatibilità, ossia il trasferimento, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 5 agosto 2021, n. 9277, l'amministrazione gode di un'ampia discrezionalità in ordine alla valutazione delle ragioni di opportunità che giustificano i trasferimenti per incompatibilità ambientale, i quali, proprio per questa ragione, non necessitano nemmeno di una particolare motivazione; ne consegue che il giudice chiamato a valutare la legittimità dei provvedimenti che dispongono questa misura deve limitarsi al riscontro dell'effettiva sussistenza della situazione di incompatibilità venutasi a creare ad avviso dell'amministrazione (e costituente presupposto del provvedimento) nonché della proporzionalità del rimedio adottato per rimuoverla. Infatti, in tali tipi di controversie il sindacato del giudice amministrativo deve limitarsi ad una valutazione di legittimità *ab extrinseco*, non essendo ammissibile una valutazione sull'opportunità delle scelte dell'amministrazione.

[xvi] Si riprende il titolo dell'analisi svolta da M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 896, che osserva che si tratta di “un processo generale, in quanto riguarda sia gli atti amministrativi vincolati, sia gli atti amministrativi discrezionali (e in quest'ultimo caso risulta maggiormente criticabile); un processo complesso, in quanto investe la mai risolta dialettica tra legislazione, amministrazione pubblica e giurisprudenza; un processo articolato, in quanto assume manifestazioni concrete diverse, che spaziano da un particolare modo d'intendere la motivazione *per relationem* al reputato grado di sufficienza della stessa, dall'inquadramento del difetto di motivazione tra i vizi formali all'ammissibilità dell'integrazione della motivazione nel corso del processo; un processo inedito, in quanto va tenuto distinto dalla c.d. dequotazione della motivazione del provvedimento”.

[xvii] R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*^{lled}, Torino, 2017, 269 ss.

[xviii] Sul tema, per apprezzare le ragioni di fondo, si condivide l'analisi di L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni. Annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 561 ss.

[xix] M. Chiaviario, *Giusto processo*, cit., 8.

[xx] Particolarmente puntuali, come sempre, sono le parole di G. Berti, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, ora anche in *Scritti scelti*, Napoli, 2018, 577 ss., 583, la giustizia amministrativa è una faccia necessaria dell'esserci e dell'agire secondo una visione altamente sociale dell'uomo e della collettività.

[xxi] Cfr. F. Pinto, *Il giudice amministrativo di fronte ai diritti fondamentali tra legalità e giustizia*, in *Amministrativamente*, 2019, “nel chiuso della camera di consiglio, sollecitato da istanze che, sempre più, cercano di trascinare nelle aule giudiziarie conflitti, che forse andrebbero risolti altrove, il giudice appare oggi sempre più tentato dall'assumere il ruolo di chi fa giustizia, di chi risponde, cioè, a bisogni sostanziali, sentendo di incarnare - e forse è - l'espressione di un potere legittimato direttamente dalla legge”; G. De Giorgi Cezzi, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 401 ss., 422, “ruolo attivo del giudice e centralità del contraddittorio vanno dunque nella stessa direzione e rispondono a un'esigenza logico-pratica del processo che utilizza la dialettica processuale come metodologia della rilevanza e teoria della confutazione secondo il punto di vista di un giudice imparziale”.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2507 – 27 ottobre 2022

Class action amministrativa e standard qualitativi dei servizi pubblici. Le modalità di tutela azionabili (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 26 agosto 2022, n. 7493)

di Stefania Caggegi

Sommario: 1. Premessa - 2. Standard qualitativi dei servizi pubblici - 2.1. (*segue*) Nel settore dei trasporti - 3. Presupposti per la proposizione della *class action* amministrativa - 3.1. (*segue*) Diversi tipi di azione collettiva inerente gli standard qualitativi dei servizi pubblici. Le conclusioni del Consiglio di Stato.

1. Premessa.

La sentenza in commento affronta il tema della legittimazione ad agire tramite l'istituto della c.d. *class action* amministrativa [1] nella delicata materia dei servizi pubblici, in particolare con riferimento agli standard qualitativi propri del servizio offerto.

Il Consiglio di Stato, pronunciandosi sull'appello proposto avverso la sentenza del Tar Lombardia, sez. I n. 956/2019, lo rigetta confermando l'insussistenza dei presupposti oggettivi della *class action* pubblica ex d.lgs. n. 198/2009, promossa dagli originari ricorrenti contro il concessionario di pubblico servizio per violazione degli standard qualitativi afferenti l'utilizzo degli spazi della Stazione Milano Centrale. Il rigetto dell'azione si fonda sulla circostanza che gli specifici standard invocati non fossero stati preventivamente e specificatamente fissati e che quindi, per tale ragione, la violazione non potesse essere individuata.

Del resto, la tutela dell'interesse generale in materia di standard qualitativi dei servizi pubblici, quando assume la veste di azione collettiva, può passare attraverso due diversi tipi di azione, una volta a censurare la violazione di questi e una volta ad attivarne la preventiva individuazione.

La pronuncia in commento offre interessanti spunti di riflessioni proprio sulla diversa natura, sulle diverse finalità e quindi sui differenti presupposti che legittimano la proposizione di una *class action* per lesione dell'interesse generale, in relazione agli standard qualitativi dei servizi pubblici.

In particolare, il Consiglio di Stato – richiamando la disciplina applicabile – ribadisce che per potersi legittimamente proporre un'azione collettiva per la violazione degli standard sia necessaria la presenza di una definizione preventiva dei livelli qualitativi, che non siano semplicemente desumibili dalla natura e dalla destinazione dei beni e che quindi nel caso in cui questi livelli non siano stati prefissati (come nella fattispecie oggetto di giudizio), gli interessi lesi devono essere tutelati azionando un diverso tipo di tutela, quella accertativa, finalizzata alla definizione degli standard stessi.

Nel presente scritto, si tenterà di delineare, seppur sinteticamente, il concetto di standard qualitativi in materia di servizi pubblici [2], con particolare attenzione al settore del trasporto, e di analizzare i metodi di tutela collettiva dell'interesse generale offerti dall'ordinamento, attraverso i richiami operati dal Consiglio di Stato.

2. Standard qualitativi dei servizi pubblici.

La correttezza dell'azione amministrativa nella gestione dei servizi pubblici offerti dagli operatori economici concessionari, in termini di tutela dell'interesse collettivo e soddisfazione dei cittadini-utenti, va valutata utilizzando come parametro di riferimento appositi standard prestazionali.

Il rispetto di questi è strettamente legato all'assolvimento degli obblighi di servizio che gravano sugli operatori economici e che - pur bilanciati da rispettive compensazioni [3] – hanno il compito di garantire che le prestazioni rispondenti alla natura pubblica del servizio stesso siano sempre garantite.

Accanto agli obblighi di carattere generale che assolvono appunto alla funzione di garanzia appena descritta, è possibile individuare anche un altro tipo di obblighi, i c.d. obblighi di servizio individuali [4], destinati ad uno specifico operatore e relativi a particolari caratteristiche quantitative e/o qualitative delle prestazioni oggetto del servizio.

Sia gli obblighi generali che quelli individuali vengono cristallizzati nel contratto di servizio stipulato tra l'amministrazione ed il concessionario, assumendo quindi la valenza di vere e proprie regole contrattuali. E così, la previsione di obblighi individuali comporta per l'operatore l'obbligo di conformarsi a determinati standard qualitativi e/o quantitativi nello svolgimento del servizio. Analizzando il servizio offerto in relazione a questi parametri sarà possibile misurarne la qualità, nonché valutare il grado di soddisfazione degli utenti [5].

Al fine di garantire la possibilità di un controllo effettivo sugli standard dei servizi resi l'ordinamento ha previsto l'introduzione delle c.d. carte dei servizi [6], ovvero di documenti che devono essere obbligatoriamente adottati da ciascun gestore e che, tra le altre cose, devono anche fissare gli standard del servizio. Le carte dei servizi – come disciplinate dalla L. n. 27/2012 - non sono mere indicazioni di principio, bensì disposizioni che vincolano il gestore e specularmente attribuiscono all'utente specifiche prerogative e diritti [7].

Nei settori in cui è previsto che il regolare svolgimento di un dato servizio sia vigilato da un'autorità indipendente - come quello dei trasporti di cui si dirà *infra* - è a questa che tocca il compito di indicare e stabilire gli standard qualitativi che l'operatore economico deve rispettare, affinché l'interesse dei cittadini-utenti sia non solo garantito ma anche soddisfatto in termini quantitativi e qualitativi.

2.1. (segue) Nel settore dei trasporti.

Il trasporto pubblico è da sempre considerato dal legislatore italiano [8] come servizio pubblico, in quanto attività destinata al soddisfacimento di esigenze di ordine collettivo e perciò istituita ed organizzata dai pubblici poteri, in modo tale da assicurarne l'esplicazione in termini di doverosità e nel rispetto dei principi di universalità, continuità e qualità gestionale. Non solo, la configurazione di servizio pubblico del trasporto emerge pacifica anche a livello europeo, tanto è vero che il trasporto è l'unico servizio qualificato espressamente come “servizio pubblico”, mentre gli altri vengono

ricondotti alla più ampia categoria dei «servizi di interesse generale» [9].

Nella materia dei trasporti [10], la vigilanza ed il controllo sulla corretta, efficiente ed equa erogazione del servizio è di competenza dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART) [11], alla quale il legislatore ha affidato – tra gli altri – anche il compito di “*stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico, individuate secondo caratteristiche territoriali di domanda e offerta*”, nonché quello di “*definire il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture di trasporto*” [12].

In particolare, in relazione ai servizi di trasporto per ferrovia – che vengono in rilievo nella fattispecie sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato nella pronuncia in commento – l'ART ha adottato un regolamento che definisce le condizioni minime di qualità dei servizi (delibera n. 16 del 9.02.2018 – allegato A) e un regolamento che ha lo scopo di indicare il contenuto minimo degli specifici diritti di cui alla sopra richiamata disposizione (delibera n. 106/2018 del 25 ottobre 2018).

Con il primo atto l'ART, dopo aver individuato i criteri di carattere generale, individua le condizioni minime di qualità del servizio attraverso “indicatori e livelli” in relazione a: posti offerti; regolarità e puntualità dei treni; informazioni all'utenza prima e durante il viaggio; accessibilità commerciale; pulizia e comfort; accessibilità del pubblico; sicurezza del viaggio e del viaggiatore.

3. Presupposti per la proposizione della c.d. *class action* amministrativa.

Il D. Lgs. 20 dicembre 2009 n. 198 [13] ha introdotto nel nostro ordinamento un particolare tipo di azione, il ricorso per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi, anche definita – seppur secondo molti impropriamente [14] - *class action* pubblica o amministrativa.

In prima battuta, la circostanza che questa non fosse stata contemplata dal sopravvenuto codice del 2010 ha creato dubbi sulla sua effettiva vigenza e operatività [15], oggi – di contro - è pacificamente ammesso che i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei, ovvero una pluralità di utenti possano interporre un ricorso, finalizzato al ripristino del corretto svolgimento della funzione o corretta erogazione di un servizio pubblico.

Quanto ai soggetti legittimati, accanto a quelli appena citati, per come individuati dall'art. 1 del D. Lgs. 198/2009, in alcuni casi il giudice amministrativo ha affiancato anche gli enti locali, affermando che la tutela degli interessi diffusi possa trovare modi di esercizio anche dall'attribuzione della loro cura ad un soggetto pubblico predeterminato [16].

L'art. 1 del D. Lgs. 198/2009, individua anche il presupposto oggettivo per agire nei confronti di pubbliche amministrazioni o concessionari di servizi pubblici, ovvero la lesione diretta ed attuale degli interessi dei soggetti suindicati che derivi: dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatorie non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento; dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi; dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni definiti dalle stesse.

Come richiamato anche dal Consiglio di Stato nella pronuncia in commento, la legittimazione all'azione si fonda “*sull'impatto che ha l'attività amministrativa sui beni della vita omogenei per una pluralità di soggetti?*”.

La finalità è quella di assicurare sul piano giuridico il principio costituzionale del buon andamento come canone del servizio reso dall'amministrazione ai cittadini [17]. Come tale, secondo alcuni può dar luogo ad una peculiare ipotesi di giurisdizione oggettiva del Giudice Amministrativo, in quanto pare che la tutela della situazione giuridica soggettiva di chi agisce rimanga sullo sfondo.

3.1. (segue) Diversi tipi di azione collettiva inerenti gli standard qualitativi dei servizi pubblici. Le conclusioni del Consiglio di Stato.

Come visto la normativa di riferimento consente ai titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei, ovvero ad una pluralità di utenti e consumatori, di agire contro i concessionari di pubblico servizio anche nell'ipotesi in cui il danno patito sia correlato agli standard qualitativi propri del servizio.

Nella fattispecie sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato, come anticipato in premessa, gli appellanti hanno denunciato la violazione degli standard qualitativi per l'utilizzo degli spazi della Stazione Milano Centrale, assumendo come parametro di riferimento per la prova della violazione la natura pubblica del servizio.

È appena il caso di specificare che la lesione di un interesse afferente alla predisposizione degli standard qualitativi dei servizi pubblici può originare da due diverse circostanze. Difatti, il cittadino-utente potrebbe parimenti patire un danno sia dalla violazione degli standard fissati che in egual modo (se non addirittura maggiormente) dall'omessa individuazione di questi standard.

Da ciò ne discende che le azioni esperibili dai soggetti lesi sono due di diversa natura e con finalità diverse, ma entrambe tendenti alla pretesa che i servizi di natura pubblica rispondano ai principi costituzionali di buon andamento, di non discriminazione, nonché a quelli sanciti dalla normativa di riferimento.

Il primo tipo di azione mira a censurare la violazione degli standard già fissati dalle competenti autorità, quelle amministrative indipendenti nei casi in cui la questione attenga ai settori di rilevanza (come lo è il trasporto pubblico), ed è volta a ripristinare la corretta erogazione del servizio. Pertanto, in questi casi il rimedio è azionabile solo a seguito della precisa qualificazione e indicazione dei livelli qualitativi ed economici, che permetta di individuare con precisione la violazione commessa dall'operatore.

La seconda mira, invece, ad accertare l'obbligo delle autorità preposte alla fissazione di questi standard. Obbligo che, per quanto attiene alla materia del trasporto, abbiamo visto essere posto dalla legge in capo all'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART).

Ora, gli appellanti hanno promosso un'azione volta alla censura generale della violazione degli standard qualitativi per l'utilizzo degli spazi della Stazione di Milano Centrale, facendo leva esclusivamente sulla natura pubblica del servizio.

Pur tuttavia, nell'atto di regolazione con il quale l'ART ha individuato le condizioni minime di qualità dei servizi nel trasporto ferroviario cui sopra fatto cenno, non sono rintracciabili standard qualitativi e/o quantitativi fissati in tal senso. Pertanto, in difetto di una chiara indicazione degli standard qualitativi che gli appellanti assumevano violati, il giudicante non ha potuto far altro che rigettare la domanda per come formulata.

L'azione per la violazione, infatti, presuppone la presenza di una definizione dei livelli qualitativi ed economici, che non siano semplicemente desumibili dalla natura e destinazione dei beni di cui si tratta. La destinazione pubblica del servizio non può essere considerata elemento sufficiente a definire i livelli qualitativi richiesti per il servizio, atteso che l'azione collettiva non attribuisce la possibilità di agire in via generale avverso forme di inefficienza, ma necessita – come più volte ribadito - che i criteri di qualità siano chiaramente stabiliti dalle amministrazioni o dalla autorità preposte e dunque la violazione facilmente riscontrabile [18].

Nel caso di specie si è visto come la violazione denunciata dagli appellanti aveva ad oggetto standard qualitativi non specificatamente e preventivamente individuati dall'autorità competente.

In ragione di ciò, il Consiglio di Stato, affermando che *“l'invocata tutela dovrebbe essere attivata a monte, sollecitando il concessionario alla emanazione di disposizioni, che definiscano per gli utenti della stazione i livelli qualitativi dei servizi”*, ha indicato quale sarebbe stata la strada corretta per raggiungere la tutela degli interessi presuntivamente lesi dei cittadini-utenti.

Le appellanti, avrebbero potuto (dovuto) agire nei confronti del concessionario, al fine di ottenere l'indicazione dei livelli qualitativi dei servizi che gli utenti hanno diritto di usufruire in relazione alla gestione degli spazi nelle stazioni ferroviarie.

In tal caso, l'azione collettiva pubblica, fondata sull'obbligo dei concessionari di definire specificatamente i parametri qualitativi in tutti gli aspetti dell'erogazione del servizio, avrebbe avuto la funzione di accertamento, con finalità propulsive rispetto alla mancata adozione di atti normativamente ritenuti necessari.

[1] Per l'inquadramento dell'istituto, si veda, tra gli altri: F. LOGOLUSO, *Commento al D. Lgs. 198/2009*, in F. CARINGELLA – M. PROTTO (a cura di), *Codice del Processo amministrativo commentato con dottrina e giurisprudenza*, Roma, 2010, p. 1706 ss.; G. RECINTO, *Efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici e ruolo della c.d. "class action" pubblica*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 1046; C.E. GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2010, p. 501 ss.; ; F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in *giustamm.it*; F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 13/2010, p. 2.

[2] Per una recente ed esaustiva panoramica sui servizi pubblici si veda M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. Del diritto, Funzioni Amministrative*, diretto da B.G. Mattarella e M. Ramajoli, *I tematici*, III, 2022, p. 1086 ss. Per un inquadramento generale si veda, ancora: U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, (a cura di) V. E. ORLANDO, 1930, VI, 379; CAIA G., *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998; F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, 1988, 27; H. BONURA e M. CASSANO, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, XI e ss.; M.A. SANDULLI, F. APERIO BELLA, *L'evoluzione dell'in house providing*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, Ist. Enciclopedia Italiana, 2016. Per l'aspetto definitorio si veda: Corte Costituzionale Sentenza n. 325 del 17.11.2010, nonché i commenti: P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, n. 6, p. 4654; R. CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Regioni (Le)*, 2011, n. 6, p. 1176; A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, n. 6, p. 4645. Per un'analisi degli aspetti problematici della materia si veda, tra gli altri: F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 2007, 79; A. ROMANO TASSONE, *I servizi pubblici locali: aspetti problematici*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2/3 – 2013, pp. 855-868; F. TIGANO, S. LICCIARDELLO, A. BARONE, *Servizi pubblici locali tra privatizzazione, liberalizzazione e concorrenza: evoluzione normativa e profili problematici attuali*, AA.VV., in *Amministrazione e giustizia. Scritti degli allievi per Ignazio Maria Marino*, Roma, 2015, p. 319 – 343.

[3] Per la nozione di obblighi di servizio e relative compensazioni si rimanda ai riferimenti indicati nella nota precedente.

[4] In tal senso M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, op. cit.

[5] Sul punto si veda: G. NAPOLITANO, *Dai rapporti di cittadinanza ai rapporti di utenza: tendenze e prospettive*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002, 137 ss.

[6] Il termine "Carta dei Servizi" viene introdotto per la prima volta nel 1993 in un documento di studio del Dipartimento della Funzione Pubblica, che stabilisce i principi a cui devono essere uniformati i servizi pubblici ed entra nell'ordinamento con la Direttiva della Presidenza del Consiglio del 28.01.1994 "Principi sull'erogazione dei servizi pubblici".

[7] Art. 8 della L. n. 27/2012 ("Contenuto delle carte di servizio"): 1. Le carte di servizio, nel definire gli obblighi cui sono tenuti i gestori dei servizi pubblici, anche locali, o di un'infrastruttura necessaria per l'esercizio di attività di impresa o per l'esercizio di un diritto della persona costituzionalmente garantito, indicano in modo specifico i diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori del servizio e dell'infrastruttura. 2. Al fine di tutelare i diritti dei consumatori e degli utenti dei servizi pubblici locali e di garantire la qualità, l'universalità e l'economicità delle relative prestazioni, le Autorità indipendenti di regolazione e ogni altro ente pubblico, anche territoriale, dotato di competenze di regolazione sui servizi pubblici, anche locali, definiscono gli specifici diritti di cui al comma 1. Sono fatte salve ulteriori garanzie che le imprese che gestiscono il servizio o l'infrastruttura definiscono autonomamente. Successivi provvedimenti introducono specifiche dettagliate per l'elaborazione delle Carte dei servizi: linee guida CiVIT n.89/2010

“Indirizzi in materia di parametri e modelli di riferimento del sistema di misurazione e valutazione della performance”; Delibera CIVIT n. 3/2012 “Linee guida per il miglioramento degli strumenti per la qualità dei servizi pubblici”. L’art. 32 D.Lgs n.33/2013 sancisce l’obbligo per le pubbliche amministrazioni e i gestori di pubblici di pubblicare “la carta dei servizi o il documento contenente gli standard di qualità dei servizi pubblici”.

[8] Sin dalla legge n. 103/1903 (L. Giolitti) - poi trasfusa nel r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 sull’assunzione diretta dei servizi pubblici da parte di comuni e province - si affermava che i Comuni «possono assumere nei modi stabiliti» dalla legge *«l’impianto e l’esercizio diretto dei pubblici servizi e segnatamente di quelli relativi agli oggetti seguenti: / / ...4.*

costruzione ed esercizio di tramvie a trazione animale o meccanica»; / / ... [nonché] 15. impianto ed esercizio di omnibus, automobili e di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni» (art. 1). Configurazione ribadita in tutte le normative che nel tempo si sono susseguite in materia: 19 novembre 1997, n. 422 e successive modifiche ed integrazioni, recante l’attuale disciplina di settore in tema di trasporto pubblico locale, ove si qualificano espressamente «i servizi di trasporto di persone e merci» come «servizi pubblici di trasporto» (art. 1, comma 2) nonché nelle varie norme generali che, nel corso degli anni, hanno disciplinato, in successione, la materia dei servizi pubblici locali qualificano costantemente il trasporto pubblico come servizio pubblico: ci si riferisce all’art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, all’art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133 e

all’art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148. In tal senso: G.CAIA, *Il trasporto pubblico locale come paradigma del servizio pubblico (disciplina attuale ed esigenze di riordino)*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3/2018.

[9] Si vedano artt. 14 e 106 del TFUE per tale definizione. Si veda Regolamento CE n. 1370/2007 e successive modifiche ed integrazioni per la disciplina della materia.

[10] Per un inquadramento della specifica materia del trasporto pubblico locale, si veda tra tutti. F. ROVERSI MONACO, G. CAIA (a cura di), *Il trasporto pubblico locale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, vol. I e II. Si veda anche: N. RANGONO, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale III*, CASSESE (a cura di), 2000, p. 2265; in relazione ai temi attuali si veda: E. GUARNIERI, *Città, trasporto pubblico locale e infrastrutture nella stagione della mobilità sostenibile: la sinergia dell’insieme*, in *federalismi.it* 16/2022. Per un inquadramento generale del tema dei servizi pubblici nei settori speciali, si veda: M.A. SANDULLI, *La gestione dei servizi pubblici locali nei settori speciali*, in *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, M. Pilade Chiti (a cura di), 2010, 119 ss.

[11] Istituita dall’art. 37 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, nell’ambito delle attività di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481.

[12] Art 37, comma 2 legge istitutiva, rispettivamente lett. d) ed e).

[13] Entrato in vigore il 15 gennaio 2010 e pubblicato sulla G.U. del 31 dicembre 2009, n. 303, attua i principi contenuti nell’articolo 4 c. 2, lett. l), l. del 4 marzo 2009, n. 15, recante “*Delega al Governo finalizzata all’ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell’economia e del lavoro e alla Corte dei Conti*” (c.d. riforma Brunetta).

[14] L’azione è “*Così denominata perché consente l’aggregazione processuale di più soggetti portatori degli stessi interessi [...] l’espressione class action non è tecnicamente corretta, in quanto il ricorso per l’efficienza di cui al d.lgs. n. 198/2009 presenta caratteristiche differenti rispetto al modello processuale dei Paesi di common law. Tuttavia, la dizione di class action pubblica o amministrativa è ormai entrata nel linguaggio giurisprudenziale, avendo il pregio di identificare in maniera efficace l’azione in esame. Spesso, il ricorso per l’efficienza viene, altresì, denominato azione collettiva pubblica o amministrativa*”, V. GASTALDO, *La class action amministrativa: uno strumento attualmente poco efficace*, in *federalismi.it*, 2016, contributo al quale si rinvia anche per un’attenta disamina delle perplessità sorte nei primi anni successivi all’introduzione nell’ordinamento dell’istituto in esame.

[15] Per un richiamo alle contrapposte teorie si veda: F. CORTESE, *Corso di diritto processuale amministrativo*, 2021, p. 79 ss.

[16] In tal senso: Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 8683/2010 e n. 8686/2010.

[17] Consiglio di Stato, Atti norm., n. 1943/2009.

[18] In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato nella pronuncia in commento.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2325 – 13 maggio 2022

L'insostenibile sostenibilità. Perduranti incertezze nella disciplina della realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili (nota a Cons. Stato, Sez. II, 3 novembre 2021, n. 7357).

di Marco Calabrò e Laura Pergolizzi*

Sommario: 1. La vicenda. – 2. Il necessario bilanciamento tra l'attuazione di procedure semplificate ed il rispetto delle prescrizioni urbanistiche. – 3. L'incerta portata applicativa dei Piani regionali per la individuazione dei siti non idonei. - 4. Esigenze di chiarezza regolativa e di uniformità nella qualificazione degli interventi di realizzazione di impianti FER. – 5. Conclusioni. Il processo di transizione energetica richiede certezza sul “cosa” e sul “come”.

1. La vicenda

La vicenda trae origine da una Procedura Abilitativa Semplificata (PAS) presentata dal proprietario di un'azienda agricola e da due società costruttrici per la sostituzione di un impianto termico alimentato a olio combustibile con quattro impianti a biomassa, da realizzarsi su un terreno ricadente in una sottozona denominata FAC1. In relazione a tale tipologia di area il Regolamento urbanistico comunale disponeva che per la realizzazione di interventi di nuova edificazione sarebbe stata necessaria la preventiva approvazione di un accordo di pianificazione tra Regione, Provincia e Comune, mentre gli edifici già compresi all'interno dell'area avrebbero potuto essere interessati esclusivamente da interventi di manutenzione ordinaria, manutenzione straordinaria e restauro conservativo.

La richiesta di PAS veniva presentata sul presupposto di ammissibilità dell'intervento, che i privati ritenevano sussistere sulla base dell'applicazione di una norma del Regolamento

edilizio comunale che qualifica come intervento di manutenzione straordinaria “*l’installazione di impianti relativi alle fonti rinnovabili di energia*”. Dalla ricostruzione della vicenda emerge che l’impianto in questione era stato concepito come funzionale alla produzione di calore ed energia termica per il riscaldamento e il funzionamento delle serre adiacenti al terreno - destinato ad essere oggetto di cessione del diritto di superficie da parte del proprietario dell’azienda agricola alle società costruttrici - sul quale lo stesso sarebbe stato realizzato, oltre che alla produzione di ulteriore energia elettrica da cedere a ENEL, sì da consentire all’azienda agricola di azzerare i costi per la produzione di calore e alle imprese costruttrici degli impianti, destinatarie dei contributi statali previsti, di recuperare gli investimenti effettuati e conseguire un profitto.

All’esito della conferenza di servizi all’uopo convocata, il Comune ordinava di non procedere all’intervento, ritenendo che lo stesso non fosse riconducibile né assimilabile alla tipologia di intervento edilizio “manutenzione straordinaria”, nella misura in cui comportava una alterazione di volumi e superfici dell’unità immobiliare preesistente.

La decisione veniva impugnata, sulla base di diverse eccezioni, innanzi al T.A.R. Toscana, che tuttavia rigettava il ricorso nel merito, pur compensando le spese di giudizio. L’atto di appello da cui è originata, poi, la pronuncia in commento veniva essenzialmente affidato ai seguenti capi: a) erroneità della sentenza impugnata, nella parte in cui escludeva la riconducibilità dell’intervento alla categoria della manutenzione straordinaria, nonché la natura di mero volume tecnico dell’impianto da realizzare; b) erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui escludeva l’assentibilità dell’intervento in contrasto con quanto previsto dal D.M. 10 settembre 2010 (*Linee guida per l’autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili*), il cui art 17 prevede che la Regione proceda all’indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti, con conseguente presunzione di ammissibilità degli interventi nelle aree residue a prescindere dalla destinazione urbanistica e dai limiti previsti dalla regolazione locale.

Il Collegio giudicante respinge entrambi i motivi di impugnazione, confermando nel merito la sentenza di primo grado e condannando, altresì, la parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio. In particolare, il Consiglio di Stato, nel motivare la propria decisione, sottolinea in primo luogo che presupposto indispensabile per l’assentibilità di un impianto a mezzo PAS è la compatibilità urbanistica ed edilizia dell’intervento, la cui verifica in concreto è demandata all’amministrazione comunale, titolare di poteri di controllo, inibitori e conformativi (eventualmente indicando le modifiche e integrazioni necessarie a rendere l’intervento proposto conforme alla normativa urbanistica ed edilizia), da esercitare nel termine di trenta giorni dalla data di ricezione della dichiarazione.

In tale contesto, prosegue il Collegio, il regolamento edilizio comunale non può rivestire “alcuna valenza costitutiva, nel senso di introdurre una nuova categoria di interventi di manutenzione straordinaria, distinta ed aggiuntiva a quelle contemplate dalla legge statale e regionale, ritenendo, invece, che essa assuma una più limitata funzione specificativa e chiarificatoria” quale “unica compatibile con la natura di fonte secondaria dell’atto in cui è contenuta”. Di conseguenza, la previsione regolamentare *de qua* non può essere interpretata nel senso di ammettere che la realizzazione di centrali alimentate a biomasse debba essere in ogni caso inclusa, *ex se* e a prescindere dalle caratteristiche strutturali, tra gli interventi realizzabili in regime di manutenzione straordinaria, perché ciò significherebbe “assegnare alla potestà regolamentare del comune una capacità derogatoria del d.p.r. 380/2001 che non

può essere riconosciuta nemmeno al legislatore regionale”. Al contrario, siffatto intervento edilizio è configurabile come intervento di manutenzione straordinaria unicamente nell’ipotesi in cui esso “non alteri i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari e non comporti modifiche delle destinazioni di uso”.

In relazione, poi, ad una ulteriore deduzione difensiva, secondo la quale la procedura di PAS, al pari dell’autorizzazione unica ex art 12 d.lgs. n. 387/2003, assorbirebbe e renderebbe superflua ogni valutazione relativa ai profili urbanistico-edilizi, il Collegio sottolinea come in tal senso si finisca per prospettare una “non consentita assimilazione tra PAS ed autorizzazione unica, nonché un’inversione logica tra presupposti ed effetti della PAS”, rilevando che solo l’autorizzazione unica può costituire, ove occorra, variante allo strumento urbanistico, ai sensi dell’art 12, comma 3, d.lgs. n. 387/2003[1]. Del resto, afferma il Collegio, sostenere che la PAS possa consentire l’intervento in deroga agli strumenti urbanistici sarebbe contraddittorio, perché è proprio la compatibilità urbanistico-edilizia del progetto a costituire il presupposto per la legittima realizzazione a mezzo di procedura semplificata.

Con riferimento al secondo motivo di ricorso, infine, il Collegio chiarisce che l’individuazione di siti non idonei alla realizzazione degli impianti da parte delle Regioni, sulla base della previsione dell’art. 17 d.m. 10.09.2010 cit., non ha l’effetto di determinare, in via automatica e presuntiva, la compatibilità urbanistica dell’intervento da realizzare nei siti esclusi dal piano regionale; la compatibilità urbanistica ed edilizia degli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili, infatti, “sfugge a qualunque presunzione” e, in sede di procedura abilitativa semplificata deve essere “comprovata dai proponenti mediante relazione asseverata di un tecnico”.

2. Il necessario bilanciamento tra l’attuazione di procedure semplificate ed il rispetto delle prescrizioni urbanistiche

Quella della previsione di procedure semplificate è un’esigenza che “accompagna da tempo l’agire dell’amministrazione”[2], coinvolgendo in modo particolare il settore dell’edilizia: lo scopo dichiarato è quello di garantire l’effettiva riduzione di tempi e risorse, al fine di consentire il conseguimento di risultati (giuridici e pratici) secondo procedure più efficienti e veloci. D’altra parte, è chiaro che la prospettiva di semplificazione dei regimi amministrativi deve essere necessariamente bilanciata con il rispetto delle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi, e della disciplina urbanistico-edilizia in generale[3], in una prospettiva di perdurante garanzia della tutela dei molteplici interessi correlati alla salvaguardia del territorio[4].

Questo tipo di dialettica si mostra particolarmente stringente se si prendono in considerazione i profili giuridici che, in ambito urbanistico-edilizio, attengono alla realizzazione degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili[5]: l’esigenza di rafforzamento della prospettiva semplificatoria, in chiave acceleratoria, delle procedure amministrative di riferimento tende a declinarsi sul piano dell’esigenza di saldare un binomio tra “efficienza energetica” ed efficienza del “sistema dell’energia”[6]. Al riguardo, può osservarsi che la diffusione di tali tipologie di impianti, da un lato, è “rallentata” dalla persistenza di numerose barriere “burocratiche” ed “economiche”[7] che, sebbene in misura inferiore rispetto al passato, si registrano tutt’oggi persistenti, dall’altro, appare sempre più

urgente, a fronte dell'emersione di significative esigenze di stampo ecologico a fronte delle quali si assiste ad una progressiva accelerazione del processo di transizione energetica mediante l'uso delle fonti energetiche rinnovabili.

L'implementazione di tale processo, tuttavia, non comporta l'inverarsi di un regime derogatorio eccezionale e – per quanto maggiormente rileva in questa sede – è indiscusso che l'accelerazione di questo tipo di interventi ha come presupposto imprescindibile la contestuale garanzia della *compatibilità urbanistico edilizia degli stessi, da verificarsi caso per caso, in relazione alla fonte energetica rinnovabile di riferimento, ed alle caratteristiche del relativo impianto di produzione*^[8].

Il quadro normativo e regolatorio, offerto dal d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 (“Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità”), dal D.M. 10 settembre 2010 (“Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili”) e dal D.lgs. 3 marzo 2011, n. 28 (“Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE”) - integrato alla luce dei numerosi ulteriori interventi normativi recentemente adottati, prevalentemente in funzione attuativa degli obiettivi fissati dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza^[9] - delinea un sistema autorizzatorio unitario fondato sulla base di principi che “non tollerano eccezioni sull'intero territorio nazionale, in quanto espressione della competenza legislativa concorrente in materia di energia, di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione”^[10], frutto anch'esso dell'esigenza di garanzia della logica del bilanciamento tra accelerazione dei tempi, mediante misure di semplificazione e razionalizzazione procedimentale, e tutela del territorio.

Ciò premesso, tra i procedimenti mediante i quali è possibile realizzare gli interventi *de quibus* si annoverano: l'Autorizzazione unica, di cui al combinato disposto dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 e dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2011 e s.m.i., la Procedura abilitativa semplificata e la Comunicazione relativa alle attività in edilizia libera, entrambi richiamati dall'art. 6 del d.lgs. n. 28/2011; la dichiarazione di inizio lavori asseverata (art. 6-*bis*, d.lgs. n. 28/2011).

L'Autorizzazione unica (AU) rappresenta il regime autorizzatorio necessario per la costruzione e l'esercizio di impianti di produzione di energia elettrica alimentata da fonti energetiche rinnovabili al di sopra di prefissate soglie di potenza e - a seguito dell'ampliamento del campo oggettivo di applicazione determinato dall'art. 56 del d.lgs. n. 76/2020 - anche per la realizzazione di interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione degli impianti, nonché delle opere connesse, delle infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi e degli interventi consistenti in demolizione di manufatti o in attività di ripristino ambientale. L'ampio ambito di applicazione riflette, evidentemente, il “fine esplicito di semplificare le procedure autorizzative e poter usufruire di una disciplina più favorevole alla effettiva diffusione dei predetti impianti”^[11].

L'istituto in questione sostituisce a tutti gli effetti ogni autorizzazione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato che sarebbe stato necessario secondo il normale ordine delle competenze, costituendo titolo a costruire e porre in esercizio l'impianto, le opere e le infrastrutture indispensabili in conformità alle regole dettate dall'ordinamento^[12].

Sotto il profilo procedurale, l'autorizzazione unica è rilasciata dalla regione o dalla provincia a ciò delegata, ovvero, per impianti con potenza termica installata pari o superiore ai 300 MW, dal Ministero dello sviluppo economico, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico. Un profilo di notevole rilievo – anche in merito alla pronuncia in commento – è rappresentato dalla circostanza che il provvedimento autorizzatorio può costituire, ove occorra, variante allo strumento urbanistico. A tal fine la Conferenza dei servizi è convocata dalla regione o dal Ministero dello sviluppo economico entro trenta giorni dal ricevimento della domanda di autorizzazione. Per gli impianti *offshore* e per gli impianti di accumulo idroelettrico attraverso pompaggio puro, infine, sono stati introdotti meccanismi procedurali specifici, i quali sono stati recentemente riformati ad opera del d.l. n. 17/2022, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 34/2022[13].

Ciò che connota nello specifico l'iter procedurale dell'autorizzazione unica è che essa è rilasciata a seguito di un "procedimento unico", al quale sono chiamate a partecipare le diverse amministrazioni interessate, procedimento la cui durata non può essere superiore a novanta giorni, "al netto" dei tempi previsti dall'art. 26 del d.lgs. n. 152/2006 per il provvedimento di valutazione di impatto ambientale[14]. Si tratta, dunque, di un istituto complesso, volto a perseguire, al contempo, lo scopo della semplificazione procedimentale e la garanzia della maggiore efficacia e completezza dell'attività istruttoria, nel cui ambito le diverse e complesse valutazioni che la pubblica amministrazione è chiamata a svolgere sono integrate in un contesto procedimentale unitario. Come noto, tale logica è sostanzialmente applicata anche ad altri procedimenti semplificati, il cui modello di riferimento è rappresentato dall'Autorizzazione Integrata Ambientale di cui al Titolo III-*bis* del d.lgs. n. 152/2006[15].

La Procedura abilitativa semplificata, invece, introdotta dal legislatore del 2011 in sostituzione della DIA, concerne la realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti energetiche rinnovabili al di sotto di prefissate soglie di potenza (oltre le quali si ricorre alla Autorizzazione unica), nonché per alcune tipologie di impianti di produzione di caldo e freddo alimentate da fonti energetiche rinnovabili[16]. Il campo oggettivo di applicazione della procedura abilitativa semplificata è stato recentemente assoggettato ad un processo di ampliamento, intrapreso con il d.lgs. n. 199/2021 – il quale vi ha incluso le opere connesse e le infrastrutture necessarie alla costruzione e all'esercizio di alcune tipologie di impianti di produzione di biometano (art. 8-bis) e di elettrolizzatori (art. 38) – e poi proseguito ad opera del d.l. n. 17/2022, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 34/2022, il quale, ad esempio, vi ha incluso, a determinate condizioni, l'attività di realizzazione e di esercizio di alcune tipologie di impianti solari fotovoltaici flottanti (art. 9-ter), oltre ad aver disposto in funzione del riordino delle prescrizioni per le piccole utilizzazioni locali di calore geotermico ed alla definizione delle ipotesi in cui si applica la procedura abilitativa semplificata (art. 15).

Per quanto attiene ai profili di carattere procedurale, la PAS deve essere presentata al Comune almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio lavori, accompagnata da una dettagliata relazione, a firma di un progettista abilitato, e dagli opportuni elaborati progettuali, attestanti la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici approvati e i regolamenti edilizi vigenti, la non contrarietà agli strumenti urbanistici adottati, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie. In coerenza con la qualificazione di attività liberalizzata, una volta trascorso il termine di trenta giorni dalla presentazione della PAS

senza riscontri o notifiche da parte del Comune, l'attività di costruzione deve ritenersi assentita^[17].

Descritti brevemente i caratteri (e le distinzioni) propri dei due modelli procedurali (AU e PAS), è possibile soffermarsi nel dettaglio sulle dinamiche della vicenda in esame. Come detto, i soggetti interessati hanno ritenuto di poter realizzare una serie di impianti a biomasse su un terreno ricadente in una zona con riferimento alla quale il regolamento urbanistico ammetteva la realizzazione di soli interventi di manutenzione straordinaria, invocando a tal scopo una norma del Regolamento edilizio comunale che qualificava proprio come manutenzione straordinaria “*l’installazione di impianti relativi alle fonti rinnovabili di energia*”, ritenendo di interpretare la stessa nel senso che nel territorio comunale fosse ammesso che le centrali alimentate a biomasse potessero essere considerate in ogni caso da includere, *ex se* e a prescindere dalle caratteristiche strutturali, tra gli interventi realizzabili in regime di manutenzione straordinaria, in deroga a quanto disposto dalla normativa regionale e statale di riferimento. Appare evidente l'errore nel quale il privato è incorso, aderendo ad una interpretazione non condivisibile della norma del regolamento edilizio comunale e della collocazione della stessa nell'ambito del sistema delle fonti. Come espressamente ricordato dal Collegio giudicante, infatti, essa non può rivestire “alcuna valenza costitutiva, nel senso di introdurre una nuova categoria di interventi di manutenzione straordinaria, distinta ed aggiuntiva a quelle contemplate dalla legge statale e regionale, ritenendo, invece, che essa assuma una “più limitata funzione specificativa e chiarificatoria”, quale “unica compatibile con la natura di fonte secondaria dell'atto in cui è contenuta”.

Non può tacersi, tuttavia, che, sotto il profilo letterale, la disposizione del regolamento edilizio non sembrava lasciare spazio alcuno all'interpretazione, laddove inquadrava nell'ambito della categoria degli interventi di manutenzione straordinaria qualsiasi installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, senza specificare alcuna distinzione di tipo funzionale o tipologico. Nella decisione in commento, in effetti, traspare una certa difficoltà del Collegio giudicante nell'individuazione della valenza da attribuire a tale previsione, tanto da limitarsi (lasciando intendere di non potere fare altro che limitarsi) a riconoscere alla stessa una funzione di tipo chiarificatorio.

A ben vedere, invero, è innegabile che i privati siano stati “indotti” in errore dall'amministrazione, autrice di una norma del regolamento edilizio che formalmente avrebbe dovuto avere un carattere chiarificatorio, ma che, nella sostanza, appare piuttosto ambigua e “sviante”. In tale ottica, nella vicenda esaminata potrebbe prospettarsi la sussistenza di una lesione del legittimo affidamento dei privati^[18] e, di conseguenza – laddove sollecitato in tal senso – il Collegio avrebbe, forse, potuto raggiungere una conclusione diversa almeno con riferimento alla condanna alle spese del giudizio. In particolare, lungo la linea argomentativa proposta, ci si chiede se, l'emersione, in sede processuale, dell'avvenuta lesione del legittimo affidamento ad opera dell'amministrazione resistente avrebbe potuto integrare la sussistenza di una delle “altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni”, che – secondo la prospettiva di cui alla ricostruzione offerta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 77/2018^[19] con riferimento all'art. 92 c.p.c., richiamato dall'art. 26 c.p.a. – è idonea a giustificare la compensazione delle spese del giudizio^[20].

Richiamando, poi, l'attenzione al capo della sentenza in commento che attiene al rapporto tra procedure semplificate e strumenti urbanistici, è di particolare interesse quell'impostazione argomentativa proposta dal Collegio volta a segnare una linea di

demarcazione tra la procedura abilitativa semplificata e l'autorizzazione unica, sottolineando come, mentre nel primo caso l'ordinamento vigente richieda la piena compatibilità tra l'intervento e la normativa urbanistico-edilizia dell'area, nel secondo caso viene espressamente affermato che l'Autorizzazione unica può anche comportare una variante allo strumento urbanistico.

La tematica stimola una ulteriore riflessione di carattere eziologico, volta ad indagare la ragione che risiede alla base della sussistente distinzione di fondo e che sembra trovare una giustificazione nel fatto che, nella fattispecie dell'autorizzazione unica, la semplificazione è funzionale esclusivamente alla garanzia di tempi brevi ed al coordinamento tra amministrazioni, non comportando un "arretramento" della funzione, come invece avviene in caso di PAS, in relazione alla quale, configurandosi un modello procedimentale liberalizzato, l'esercizio della funzione non è collocato *ex ante* (*sub specie* di autorizzazione), bensì *ex post* (*sub specie* di controllo). Del resto, come già si è avuto modo di evidenziare, la semplificazione "estrema" della procedura abilitativa semplificata non può che giustificarsi unicamente a fronte della piena compatibilità tra l'intervento e la normativa urbanistico-edilizia di riferimento.

3. L'incerta portata applicativa dei Piani regionali per la individuazione dei siti non idonei

Meno esplicitivo appare, invece, il passaggio della sentenza che si occupa della questione che attiene al ruolo del Piano per la individuazione dei siti non idonei nell'ambito della definizione dei criteri della localizzazione degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili. Al riguardo, il Collegio segue un iter argomentativo che, sulla base di una lettura di tipo teleologico della disciplina di cui al d.m. 10 settembre 2010, attribuisce al piano in questione non già la funzione di predeterminare l'idoneità – sul piano generale e a prescindere dalla compatibilità urbanistico-edilizia – di tutti i siti non esclusi, quanto, piuttosto, quella, più limitata, "di offrire agli operatori un quadro certo e chiaro di riferimento e orientamento per la localizzazione dei progetti", allo scopo di negare, a valle di tale ragionamento, che lo stesso abbia l'effetto di determinare, in via automatica e presuntiva, la compatibilità urbanistica dell'intervento da realizzare nei siti non presenti nel piano regionale.

La questione di fondo è strettamente legata alla tematica che concerne il "margine" di intervento della regione nella sede di indicazione di aree e siti non idonei alla installazione degli impianti FER ad alle ricadute di tale indicazione sulla pianificazione urbanistico-edilizia. Sul punto è intervenuta in più occasioni la Corte costituzionale, osservando in primo luogo che l'inquadrabilità dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, e delle linee guida nell'alveo dei principi fondamentali della materia dell'energia, di competenza concorrente, "non permette che le Regioni prescrivano limiti generali, valevoli sull'intero territorio regionale"^[21]. Inoltre, posto che alle "Linee guida" è attribuita la funzione di indicare "i criteri e i principi che le Regioni devono rispettare al fine di individuare le zone nelle quali non è possibile realizzare gli impianti alimentati da fonti di energia alternativa", la Consulta chiarisce che le Regioni non possono porre limiti "in assoluto" all'installazione di impianti FER, bensì sono tenute alla "individuazione di puntuali aree non idonee alla installazione di specifiche tipologie di impianti secondo le modalità di cui all'allegato 3 (paragrafo 17) del d.m. del 2010"^[22], atteso che la *ratio* del criterio residuale deve essere individuata nel

“principio della massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili, derivante dalla normativa europea”[23]. Tale individuazione, una volta effettuata alla luce dei principi che precedono, giustifica poi pienamente “il diniego di rilascio della autorizzazione, senza necessità di alcuna valutazione specifica del concreto impatto ambientale del costruendo impianto”[24].

Ciò posto, secondo l’approccio interpretativo cui sembra aderire la pronuncia in esame, la declaratoria di “non idoneità” in assoluto di un sito sembrerebbe essere funzionale unicamente ad individuare quelle aree per le quali non è in alcun modo ipotizzabile realizzare l’impianto[25]. Tuttavia, anche tale assunto non è scevro da possibili censure. Sul punto, infatti, deve in primo luogo segnalarsi come lo stesso dettato normativo appaia poco chiaro nella misura in cui, da un lato, esclude espressamente che l’individuazione delle aree e dei siti non idonei possa configurare un “divieto preliminare” (cfr. l’allegato 3 al d. m. 10 settembre 2010 cit.) e, dall’altro lato, sancisce che l’individuazione della non idoneità dell’area è operata attraverso l’identificazione di obiettivi di protezione “i quali determinerebbero, pertanto, una elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni, in sede di autorizzazione”[26], non escludendo così, almeno apparentemente, una possibile verifica in concreto circa la fattibilità o meno dell’intervento anche in tali aree. A ciò deve aggiungersi come la giurisprudenza tenda a ritenere che le scelte regionali che confluiscono nel Piano per la individuazione dei siti non idonei – lungi dal configurare disposizioni a carattere conformativo – “suggeriscono possibilità alla pianificazione regionale e sono prive di carattere precettivo immediato per i terzi”[27].

Resta, dunque, “aperta” la questione su quale sia, in concreto, la funzione che residuerebbe in capo a tale tipologia di Piano. Ciò non toglie, naturalmente, che – al di fuori di quei siti considerati non idonei dal piano – permane l’esigenza di verificare caso per caso la compatibilità dell’intervento con tutti gli altri interessi pubblici coinvolti, primo fra tutti quello al razionale assetto urbano, nella prospettiva, tuttavia, secondo la quale le infrastrutture strumentali alla produzione di energia da fonti rinnovabili “sono ormai considerate elementi normali del paesaggio”[28].

Da ultimo – sebbene estraneo alla vicenda in esame – appare utile rinviare al recente d.lgs. n. 199/2021, il quale, oltre ad incidere sulla disciplina che concerne la procedura di individuazione delle aree “non idonee”, affianca alla stessa un nuovo meccanismo per l’individuazione delle superfici e le aree “idonee” all’installazione di impianti FER, in funzione dell’attuazione degli obiettivi del Piano Nazionale Integrato per l’Energia e il Clima (PNIEC). In particolare, ai sensi dell’art. 20 (*Disciplina per l’individuazione di superfici e aree idonee per l’installazione di impianti a fonti rinnovabili*)[29], con uno o più decreti interministeriali[30] dovranno essere stabiliti “principi e criteri omogenei per l’individuazione delle superfici e delle aree idonee e non idonee all’installazione di impianti a fonti rinnovabili aventi una potenza complessiva almeno pari a quella individuata come necessaria dal PNIEC per il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo delle fonti rinnovabili”. Assume particolare interesse, evidentemente, il chiaro mutamento di prospettiva: non ci si propone più solo di individuare i luoghi ove non è possibile localizzare impianti FER, in chiave meramente “escludente”, bensì – in un’ottica di tipo propositivo – si chiede alle amministrazioni competenti di selezionare le aree che meglio si prestano ad accogliere tale tipo di intervento, anche attraverso l’individuazione delle azioni necessarie per la minimizzazione del relativo impatto ambientale, nonché la valorizzazione di aree industriali

dismesse e di altre aree compromesse o abbandonate (in piena coerenza con le politiche di riduzione del consumo di suolo).

Al fine di evitare una futura impropria interpretazione del significato da attribuire alla suddetta selezione delle “aree idonee”, del tutto opportunamente, lo stesso art. 20 cit. specifica che “le aree non incluse tra le aree idonee non possono essere dichiarate non idonee all’installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile, in sede di pianificazione territoriale ovvero nell’ambito di singoli procedimenti, in ragione della sola mancata inclusione nel novero delle aree idonee”. Ancora una volta, pertanto, viene espressamente ribadita la necessità di una valutazione caso per caso, derivante dall’irrinunciabile operazione di bilanciamento tra i diversi e contrastanti interessi pubblici coinvolti nella scelta *de qua*.

4. Esigenze di chiarezza regolativa e di uniformità nella qualificazione degli interventi di realizzazione di impianti FER

In uno scenario caratterizzato dalla complessità dei principi, delle regole e degli istituti connessi al settore urbanistico-edilizio, la garanzia di una chiara classificazione degli interventi edilizi, al fine di consentire all’interprete di desumerne agevolmente il regime amministrativo, assume un ruolo centrale, nell’ottica della garanzia della certezza delle regole e di tutela del legittimo affidamento del privato^[31].

Come già osservato, nella vicenda in esame, il Comune ha adottato un regolamento edilizio nel cui ambito è ricompresa una norma che qualifica come intervento di manutenzione straordinaria “l’installazione di impianti relativi alle fonti rinnovabili di energia”. A tal proposito, la decisione in commento pone, anzitutto, l’accento sul regime dei titoli abilitativi, inclusi nell’ambito di principi fondamentali della materia concorrente del «governo del territorio», tali da vincolare la legislazione regionale di dettaglio: in tale ottica, pur non essendo precluso al legislatore regionale di esemplificare gli interventi edilizi che rientrano nelle definizioni statali, tale esemplificazione, per essere costituzionalmente legittima, deve risultare coerente con le definizioni contenute nel testo unico dell’edilizia. Tale “esigenza di uniformità”, segnala il Collegio, sarebbe “all’evidenza, gravemente pregiudicata laddove fosse consentito al regolamento edilizio comunale di disciplinare le categorie di intervento in contrasto sia con la legge regionale che con quella nazionale”.

L’impostazione appare, del resto, coerente con gli approdi della giurisprudenza costituzionale circa la portata dei principi fondamentali riservati alla legislazione statale nelle materie di potestà concorrente, laddove si è evidenziato che “il rapporto tra normativa di principio e normativa di dettaglio (...) deve essere inteso nel senso che l’una è volta a prescrivere criteri ed obiettivi, mentre all’altra spetta l’individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere questi obiettivi”, e che, con riferimento alla competenza legislativa statale in materia di governo del territorio, essa è giustificata dalla prospettiva di “garantire un assetto coerente su tutto il territorio nazionale, limitando le differenziazioni”^[32].

Com’è noto, il legislatore statale ha recentemente dato prova di voler rafforzare la prospettiva di “uniformità” di cui si è detto. Ci si riferisce, in particolare, all’adozione del d.lgs. n. 222/2016 recante “Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei

regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, si sensi dell'art. 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124" (c.d. decreto "SCIA 2"). Tale decreto sorge espressamente con l'intento di assolvere all'ambizioso obiettivo di offrire una mappatura, una "precisa individuazione delle attività oggetto di procedimento, anche telematico, di comunicazione o segnalazione certificata di inizio di attività o di silenzio assenso, nonché quelle per le quali è necessario il titolo espresso" (art. 1, comma 2), consentendo l'individuazione delle attività economiche nell'ambito dell'allegata Tabella A, strutturata in tre sezioni: I Sezione "Attività commerciali e assimilabili"; II Sezione "Edilizia"; III Sezione "Ambiente"[33].

Ebbene, per quanto maggiormente rileva in questa sede, deve osservarsi che il legislatore – pur proponendosi di identificare ogni tipo di intervento e il corrispondente regime amministrativo – sembra aver "dimenticato" i volumi tecnici, con la conseguenza che il regime giuridico cui sono soggetti tali interventi edilizi ancora difetta di una chiara definizione. Del resto, nel panorama giuridico vigente, è il concetto stesso di volume tecnico, a non essere stato chiaramente definito dal legislatore, essendo esso ancora oggi per lo più demandato alla interpretazione del giudice amministrativo[34]. Un tentativo in tal senso si è registrato in occasione della stipulazione dell'Intesa tra Governo, Regioni e Autonomie locali del 20 ottobre 2016, con la quale sono stati approvati lo schema di Regolamento edilizio-tipo[35] e i relativi allegati A e B, recanti rispettivamente le definizioni uniformi e la raccolta delle disposizioni sovraordinate in materia edilizia. In particolare, nel citato "allegato A", tra le 42 voci ivi elencate, è presente quella dedicata al "volume tecnico" (nella specie, la trentunesima) secondo la quale "sono volumi tecnici i vani e gli spazi strettamente necessari a contenere ed a consentire l'accesso alle apparecchiature degli impianti tecnici al servizio dell'edificio (idrico, termico, di condizionamento e di climatizzazione, di sollevamento, elettrico, di sicurezza, telefonico ecc.)". Dalla lettura di tale definizione emerge chiaramente il tentativo di mettere in risalto la condizione necessaria affinché un manufatto possa essere inquadrato come volume tecnico, oltre che di raccogliere, all'interno di una definizione uniforme, una serie di fattispecie la cui configurazione urbanistico/edilizia è stata oggetto di dibattito, soprattutto in sede giurisprudenziale, nel corso degli anni. Sembrerebbe, in realtà, essersi realizzato uno scopo eminentemente esemplificativo di cosa debba intendersi per volume tecnico, per il tramite di un'elencazione assai ampia, e non tassativa, delle fattispecie interessate, che non appare pienamente in grado di consentire il superamento di alcuni problemi interpretativi e applicativi persistenti.

Ciò premesso, nel caso oggetto di esame, il Collegio era chiamato a verificare se l'impianto alimentato da fonti energetiche rinnovabili, come progettato dalle parti ricorrenti, fosse o meno qualificabile come "volume tecnico". Nella specie il giudice inquadra la nozione di volume tecnico come riguardante "solo i volumi necessari a contenere ed a consentire l'accesso di quelle parti degli impianti tecnici (idrico, termico, elevatorio, televisivo, di parafulmine, di ventilazione, ecc.) che non possono, per esigenze di funzionalità degli impianti stessi, trovare luogo entro il corpo dell'edificio realizzabile nei limiti imposti dalle norme urbanistiche", afferente "a opere edilizie di limitata consistenza volumetrica e completamente prive di una propria autonomia funzionale, anche potenziale, in quanto destinate a contenere impianti serventi di una costruzione principale, per esigenze tecnico-funzionali di tale costruzione"[36]. In tale ottica, si afferma dunque che l'impianto a biomasse *de quo* presentava caratteristiche "strutturali e funzionali incompatibili con la qualificazione quale mero volume tecnico strettamente funzionale al riscaldamento delle serre di proprietà del privato", avendo rilevato che, sotto il profilo strutturale, l'intervento di che trattasi consisteva in un complesso impiantistico con caratteristiche planovolumetriche

e di sagoma “profondamente diverse” da quello precedente, consistente in un’unica centrale termica. Sul piano funzionale, poi, esso non risultava “strettamente ed esclusivamente servente alle serre di proprietà del privato, in quanto destinato a produrre energia elettrica che verrà ceduta ad ENEL”, circostanza, questa, che il Collegio ritiene essere idonea a configurare un “indice dell’autonomia funzionale dell’impianto, a prescindere dal rilievo che la produzione di energia elettrica, al pari di quella termica, è diretta conseguenza del processo di cogenerazione degli impianti”, atteso che la “produzione di energia elettrica destinata alla cessione sul mercato, infatti, è incompatibile con l’asserita finalità strettamente servente alle esigenze di riscaldamento dell’azienda agricola e conduce, unitamente alle caratteristiche strutturali, a qualificare l’intervento come volto alla realizzazione di un impianto autonomo piuttosto che di un mero volume tecnico”.

Le conclusioni alle quali giunge il giudice appaiono, in effetti, coerenti con quell’orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa relativo alla nozione di volume tecnico, inteso quale manufatto privo di alcuna autonomia funzionale, anche potenziale, essendo destinato a contenere gli impianti serventi di una costruzione principale per esigenze tecnico-funzionali della costruzione medesima[37]. Alla luce delle considerazioni svolte in premessa, tuttavia, ancora una volta la lacuna normativa che attiene alla definizione della nozione e del regime amministrativo applicabile al volume tecnico ha senza alcun dubbio contribuito a determinare l’errore in cui sono incorsi i privati nella errata configurazione del regime amministrativo applicabile all’intervento edilizio progettato.

5. Conclusioni. Il processo di transizione energetica richiede certezza sul “cosa” e sul “come”

La promozione dell’uso delle fonti energetiche rinnovabili rappresenta una tra le principali linee direttrici[38] che connotano l’attuale processo di transizione *energetica*[39], evidentemente centrale nell’ambito del coevo e più ampio percorso di transizione *ecologica* in atto[40]. Gli effetti dei cambiamenti climatici sugli equilibri del pianeta[41] e le sempre più stringenti urgenze legate ad una vera rivoluzione verde[42], incidono inevitabilmente sul bilanciamento degli interessi nelle politiche di governo del territorio[43], provocando l’insorgere di questioni complesse che, nell’ottica della sostenibilità e del temperamento tra esigenze di tutela dell’ambiente e di sviluppo economico[44], richiedono la sollecita individuazione di nuovi rimedi e soluzioni.

Questa prospettiva emerge con evidenza dalla lettura degli obiettivi dell’*Agenda 2030 for Sustainable Development*[45], programma d’azione promosso dall’ONU, al cui interno il tema dello sviluppo della produzione di energia rinnovabile rileva nei *goals* 7, 11 e 12. Nel dettaglio, nell’ambito del *goal* 7 (*Energia pulita e accessibile*), si pone, tra l’altro, l’obiettivo di incrementare notevolmente la quota di energie rinnovabili nel mix energetico globale (*target* 7.2.); rafforzare la cooperazione internazionale per facilitare l’accesso alla tecnologia e alla ricerca di energia pulita, comprese le energie rinnovabili, all’efficienza energetica e alla tecnologia avanzata e alla più pulita tecnologia derivante dai combustibili fossili, e promuovere gli investimenti nelle infrastrutture energetiche e nelle tecnologie per l’energia pulita (*target* 7.a); espandere l’infrastruttura e aggiornare la tecnologia per la fornitura di servizi energetici moderni e sostenibili per tutti i paesi in via di sviluppo (*target* 7.b). Nell’ambito del *goal* 11 (*Città e comunità sostenibili*), merita una specifica attenzione l’obiettivo di “aumentare notevolmente il numero

di città e di insediamenti umani che adottino e attuino politiche e piani integrati verso l'inclusione, l'efficienza delle risorse, la mitigazione e l'adattamento ai cambiamenti climatici, la resilienza ai disastri". Il *goal 12 (Consumo e produzione responsabili)*, infine, dedica particolare attenzione all'obiettivo di garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo (*target 12.2*).

La prospettiva delineata appare, poi, pienamente coerente anche con la costruzione del piano di investimento europeo *Green New Deal*[46], che declina (in modo molto più marcato rispetto al passato) il binomio clima-energia in chiave di tutela dell'ambiente, nell'ottica di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra, e di contestuale ripensamento delle politiche per l'approvvigionamento di energia pulita nei diversi settori dell'economia: industria, produzione e consumo, grandi infrastrutture, trasporti, prodotti alimentari e agricoltura, edilizia, tassazione e prestazioni sociali (par. 2.1.).

Com'è noto, tra l'altro, al tempo della (ancora presente) crisi pandemica da Covid-19, le politiche ambientali ed energetiche dell'Unione si sono intrecciate con la necessità di predisporre un piano di ripresa dell'economia europea, nel cui ambito "la transizione energetica viene concepita al tempo stesso come un pilastro della tutela dell'ambiente e del clima e come uno strumento di rilancio economico"[47]. All'interno della cornice delineata dal *Next generation Eu Programme*[48], pertanto, il PNRR italiano dedica ampio spazio alla promozione del processo di transizione energetica. Come noto, infatti, la "Missione 2" del Piano (*Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica*) consta, tra le altre, delle componenti C2. "Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile" e C3. "Efficienza energetica e riqualificazione degli edifici".

In conclusione, gli obiettivi che – in adesione alle politiche internazionali ambientali ed energetiche – l'Italia si è posta negli ultimi anni appaiono particolarmente ambiziosi e necessitano di essere supportati da indispensabili interventi strutturali. Le criticità emerse dall'analisi della pronuncia in commento, quali aporie normative, incertezze interpretative del quadro regolatorio di riferimento, rigidità del regime delle competenze, rischiano di minare *ex ante* il conseguimento dei traguardi prefissati. Il richiamato processo di transizione energetica, nello specifico, non può prescindere da: a) un quadro regolatorio chiaro: l'assetto normativo che fa da cornice al settore delle fonti energetiche rinnovabili è ancora estremamente frammentato e foriero di dubbi ed incertezze interpretative che, tra l'altro, alimentano il contenzioso. È, dunque, auspicabile che il legislatore adotti un intervento normativo unitario del settore; b) un assetto delle competenze ben definito: nell'ottica di una corretta ed effettiva applicazione dei principi e delle regole che dominano l'azione amministrativa, è necessario che il legislatore assegni in modo chiaro le diverse competenze il cui esercizio incide, direttamente o indirettamente, sul settore energetico, definendone i relativi ambiti di applicazione; c) una programmazione (anche degli strumenti incentivanti) certa e stabile: le recenti riforme hanno certamente il merito di aver implementato la semplificazione e l'accelerazione del regime amministrativo relativo alla realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili; tale prospettiva semplificatoria, tuttavia, non sempre è stata affiancata da un adeguato sistema di "incentivazione", in una prospettiva di riduzione dei costi di produzione dell'energia "pulita" e, conseguentemente, di agevolazione nell'accesso al mercato di settore[49].

*Il presente contributo è frutto di una riflessione comune tra gli autori. Tuttavia, Marco Calabrò è autore dei parr. 3 e 5, mentre Laura Pergolizzi è autrice dei parr. 1, 2 e 4.

[1] Previsione analoga, in effetti, non è contemplata all'interno dell'art. 6 del d.lgs. n. 28/2011, ove sono disciplinati il procedimento e gli effetti della PAS.

[2] M.A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, in www.ius-publicum.com. "L'amministrazione (...) nell'esperienza delle numerose funzioni pubbliche esercitate e dei servizi pubblici erogati ha registrato un eccessivo impiego di tempo e di risorse che ha sovente finito per pregiudicare gli stessi interessi alla cui cura è rivolto l'apparato pubblico. A questa caratteristica disfunzione del sistema – talvolta connaturata alle dimensioni che ha assunto l'amministrazione pubblica in proporzione al moltiplicarsi degli interessi chiamata a soddisfare – l'ordinamento ha giustapposto da un lato una serie di principi cui devono essere informate l'organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione diretti a rafforzare il parametro dell'efficienza dell'azione amministrativa in modo che essa non diventi diseconomica ed inefficace, e dall'altro, in applicazione di tali principi, una serie di strumenti specificamente deputati al contenimento dei tempi del procedimento amministrativo e a facilitare la realizzazione degli interessi dei privati".

[3] P. Stella Richter, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Milano, 2022; G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019.

[4] P. L. Portaluri, C. Napolitano, *L'ambiente e i piani urbanistici*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 242 ss.

[5] G. M. Caruso, *Fonti energetiche rinnovabili*, in G. Rossi (a cura di) *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 471 ss.; F. de Leonardis, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2020, 1, 58 ss.; A. Moliterni, *La regolazione delle fonti energetiche rinnovabili tra tutela dell'ambiente e libertà di iniziativa economica privata: la difficile semplificazione amministrativa*, in www.federalismi.it, 2017.

[6] Cfr. P. Biandrino, M. De Focatiis (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, Padova, 2017.

[7] D. Ardolino, *Produzione di energia da fonti rinnovabili: barriere amministrative e sociali e misure di compensazione*, in G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, Napoli, 2019, 190 ss.

[8] Cfr. G.D. Comporti, S. Lucattini, *Orizzonti del diritto dell'energia. Innovazione tecnologica, blockchain e fonti rinnovabili*, Napoli, 2020; G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, cit.

[9] A scopo meramente esemplificativo, si riporta, di seguito una breve ricognizione dei principali interventi normativi che, dal 2020, hanno interessato, direttamente o indirettamente, la materia energetica, incidendo anche sul piano del sistema delle procedure: d.l. 19 maggio 2020, n. 34: «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.l. 16 luglio 2020, n. 76: «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120; d.l. 31 maggio 2021, n. 77: «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure», convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108; d.l. 6 novembre 2021, n. 152: «Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose» convertito, con modificazioni, dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233; d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199: Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili; d.l. 1 marzo 2022, n. 17, coordinato con la legge di conversione 27 aprile 2022, n. 34: «Misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale, per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche industriali».

[10] Corte cost., 20 aprile 2012, n. 99.

[11] Cfr. Documentazione dei Servizi e degli Uffici del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, vol. II, 6 settembre 2020, 245 ss. Sebbene non espressamente specificato dalla norma, la relazione illustrativa al decreto legge mette in evidenza come l'opera di semplificazione delle procedure amministrative preposte alla realizzazione di impianti di produzione di fonti rinnovabili introdotte dalla riforma si sia resa necessaria alla luce degli obiettivi del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC).

[12] Per un approfondimento dell'istituto cfr. N. Durante, *Il procedimento autorizzatorio per la realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: complessità e spunti di riflessione, alla luce delle recenti linee guida nazionali*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 73 ss.;

C. Vivani, *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Urb. e app.*, 2011, 775.

[13] Art. 13, d.l. n. 17/2022, coordinato con la legge di conversione n. 34/2022.

[14] Sulla natura perentoria del termine di conclusione del procedimento per il rilascio dell'Autorizzazione Unica, cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2184, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[15] Per una completa analisi dei caratteri dell'AIA si rinvia a M. Calabrò, *Semplificazione procedimentale ed esigenze di tutela ambientale: l'autorizzazione integrata ambientale*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 201 ss.

[16] Nel dettaglio, l'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 28/2011 dispone che, "ferme restando le disposizioni tributarie in materia di accisa sull'energia elettrica, per l'attività di costruzione ed esercizio degli impianti alimentati da fonti rinnovabili di cui ai paragrafi 11 e 12 delle linee guida, adottate ai sensi dell'art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387/2003" si applica la "procedura abilitativa semplificata".

[17] Il comma 11 dell'art. 6, d.lgs. n. 28/2011 è, invece, dedicato al terzo modello procedimentale relativo alla realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili, ovvero quello della comunicazione al Comune relativa ad alcune tipologie di piccoli impianti per la produzione di energia elettrica, calore e freddo da FER, assimilabili ad attività edilizia libera. La norma citata dispone che "La comunicazione relativa alle attività in edilizia libera, di cui ai paragrafi 11 e 12 delle linee guida adottate ai sensi dell'articolo 12, comma 10 del d. lgs. n. 387/2003 continua ad applicarsi, alle stesse condizioni e modalità, agli impianti ivi previsti. Le Regioni e le Province autonome possono estendere il regime della comunicazione di cui al precedente periodo ai progetti di impianti alimentati da fonti rinnovabili con potenza nominale fino a 50 kW, nonché agli impianti fotovoltaici di qualsivoglia potenza da realizzare sugli edifici, fatta salva la disciplina in materia di valutazione di impatto ambientale e di tutela delle risorse idriche, fermi restando l'articolo 6-bis e l'articolo 7-bis, comma 5". Tale comma è il frutto di una recente modifica ad opera dell'art. 56, comma 1, lett. c) del d.l. n. 76/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 120/2020. L'art. 6-bis è, infine, dedicato alla dichiarazione di inizio lavori asseverata, ammessa in relazione agli interventi su impianti esistenti e le modifiche di progetti autorizzati che, senza incremento di area occupata dagli impianti e dalle opere connesse e a prescindere dalla potenza elettrica risultante a seguito dell'intervento, ricadono in alcune specifiche categorie ivi elencate.

[18] Cfr. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001; A. Gigli, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016; E. Zampetti, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 173 ss.

[19] N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Napoli, 2021, 429.

[20] F. Orso, *Il ricorso al giudice amministrativo tra l'irrelevanza della forma dell'atto introduttivo e la difesa di un modello processuale*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 2. Con riferimento alle categorie che compongono i "costi" del processo amministrativo ed alle diverse funzioni dalle stesse assolve, cfr. R. Fusco, *Spese di giudizio e poteri del giudice amministrativo: la condanna forfettaria (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 settembre 2020, n. 5547)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2020.

[21] Corte cost., 19 giugno 2019, n. 148.

[22] Corte cost., 16 luglio 2014, n. 199.

[23] Cfr. Corte cost., 11 ottobre 2012, n. 224, laddove, rilevando che tale criterio residuale "trova attuazione nella generale utilizzabilità di tutti i terreni per l'inserimento di tali impianti, con le eccezioni, stabilite dalle Regioni, ispirate alla tutela di altri interessi costituzionalmente protetti nell'ambito delle materie di competenza delle Regioni stesse", si mette in evidenza che "ove la scelta debba essere operata da Regioni speciali, che possiedono una competenza legislativa primaria in alcune materie, nell'ambito delle quali si possono ipotizzare particolari limitazioni alla diffusione dei suddetti impianti, l'ampiezza e la portata delle esclusioni deve essere valutata non alla stregua dei criteri generali validi per tutte le Regioni, ma in considerazione dell'esigenza di dare idonea tutela agli interessi sottesi alla competenza legislativa statutariamente attribuita".

[24] Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2019, n. 3670, in *www.giustizia-amministrativa.it*; in termini, Cons. Stato, Sez. V, 15 gennaio 2013, n. 176, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[25] In termini, cfr. T.A.R. Toscana, Sez. III, 13 gennaio 2015, n. 36, in *www.giustizia-amministrativa.it*. "Invero, gli atti di individuazione dei siti non idonei alla installazione di impianti fotovoltaici, diversamente dagli strumenti urbanistici generali, che costituiscono la sintesi di una pluralità di interessi pubblici e privati, sono volti a contemperare interessi specifici e ben individuati ai quali il legislatore attribuisce una rilevanza pubblicistica, ossia quello alla incentivazione degli impianti di

produzione di energie rinnovabili e quello alla tutela del paesaggio. Il contemperamento di tali interessi deve avvenire attraverso una procedura volta a dare concreta evidenza sulla base di criteri puntualmente determinati delle ragioni ambientali per cui gli enti preposti ritengono di precludere in determinate aree la installazione di impianti fotovoltaici”.

[26] Cfr. art. 17, co.1, d m. 10 settembre 2010.

[27] Cons. Stato, Sez. IV, 29 novembre 2018, n. 6773, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[28] T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 17 dicembre 2010, n. 904, in *Foro amm.-TAR*, 3/2011, 753, con nota di P. Lombardi, *Il favor legislativo per le fonti energetiche rinnovabili quale elemento idoneo a fondare il fumus boni iuris per l'accoglimento di una istanza cautelare?*

[29] Articolo modificato ad opera del d.l. n. 17/2022 (Misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale, per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche industriali) convertito, con modificazioni, dalla l. n. 34/2022.

[30] Sono coinvolti nel procedimento, in particolare, il Ministro della transizione ecologica, il Ministro della cultura e il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

[31] M.A. Sandulli, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. giur. edilizia*, 2013, 301 ss.

[32] Corte cost., 20 novembre 2014, n. 259; Corte cost., 13 giugno 2013, n. 139; Corte cost., 29 maggio 2013, n. 102, tutte in *www.giurcost.org*. In dottrina, cfr. S. Tuccillo, *La Corte costituzionale e i limiti all'autonomia regionale nella disciplina degli istituti del procedimento amministrativo. Livelli essenziali delle prestazioni e strumenti di semplificazione*, in M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 171 ss.

[33] F. Lorenzotti, *I regimi amministrativi degli interventi edilizi dopo il decreto legislativo n. 222 del 2016*, in *www.ambienteditto.it*, 2017.

[34] R. Mazzon, *Distanze legali e rapporti di vicinato. Tutela e risarcimento in ambito civile, penale, amministrativo e processuale*, Milano, 2022, 112; P. Stella Richter, *Dizionario giuridico di urbanistica ed edilizia*, Milano, 2020, 249-250; G.G.A. Dato, *Nozione di opere pertinenziali nell'ambito del diritto amministrativo*, in F.F. Tuccari, S. Toschi, A. Cagnazzo (a cura di), *Sanzioni amministrative in materia edilizia*, Torino, 2014, 178; G. Guzzo, G. Palliggiano, *L'attività edilizia. Titoli, procedure, sanzioni e tutela*, Milano, 2011; M. de Tilla, *Nozione di costruzione e rispetto delle distanze legali (Nota a Cassazione civile, 3 febbraio 2011, n. 2566, sez. II)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 5, 1204.

[35] Ai sensi del comma 1-*sexies*, art. 4, del d.p.r. n. 380/2001, inserito ad opera dell'art. 17-*bis*, comma 1, d.l. 12 n. 133/2014, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 164/2014, il Governo, le Regioni, e le Autonomie locali concludono, nella Conferenza Unificata accordi o intese «per l'adozione di uno schema di regolamento edilizio tipo al fine di semplificare le norme e gli adempimenti». Da ciò sembrerebbe dunque derivare una “riduzione” dello spazio di manovra attribuito, in forza degli articoli 2, comma 4, e 4, comma 1, del d.p.r. n. 380/2001, in capo alle amministrazioni comunali. Cfr. M. R. Spasiano, R. Veniero, *Diritto dell'edilizia*, in A. Police, M. R. Spasiano (a cura di), *Manuale di governo del territorio*, Torino, 2016, 126. In generale, sulla disciplina del regolamento edilizio tipo v. S. Tuccillo, *Il regolamento edilizio-tipo tra esigenze di uniformità e di salvaguardia delle identità territoriali*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, II, 142 ss.

[36] In termini cfr. Cons. Stato, Sez. II, 19 agosto 2021 n. 5940; Cons. Stato, Sez. VI, 26 aprile 2021 n. 3318, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[37] In termini cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 9 marzo 2021 n. 584, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Liguria, Sez. I, 29 gennaio 2016 n. 97, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 3, I, 291. Su tali profili v. anche T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 11 febbraio 2021, n. 388, in *Riv. giur. edilizia*, 2021, 3, I, 942, ove si afferma che “È illegittimo l'ordine di sospensione dei lavori avviati con una segnalazione certificata di inizio attività per l'installazione di un elevatore all'esterno di un edificio, volto a superare le barriere architettoniche presenti all'interno dello stesso, adducendo la violazione della distanza minima dei fabbricati dai confini di proprietà e di zona prescritta dallo strumento urbanistico generale per gli interventi di nuova costruzione, ampliamento o demolizione e ricostruzione di edifici esistenti. L'intervento in questione, infatti, non consiste in una costruzione strettamente intesa, bensì, nella realizzazione di un volume tecnico, necessario per apportare un'innovazione allo stabile, la cui realizzazione non è soggetta al rispetto delle distanze da altri fabbricati”.

[38] G.F. Cartei, *Ambiente e mercato nella disciplina delle energie rinnovabili*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2013, 614-615.

[39] M. Calabrò, L. Pergolizzi, *The promotion of energy transition in view of urban regeneration: towards a perspective of sustainability*, in C. Gambardella (ed.) *World Heritage and Design for Health*, Roma, 2021, 54 ss.; 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.; E. Scotti, *Pandemia, aiuti di stato e transizione ambientale*, in U. Malvagna, A. Sciarone Alibrandi (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, Roma, 2021, 439 ss.

[40] F. de Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 779 ss.

[41] S. Nespore, *Considerazioni preliminari su mitigazione e adattamento in tema di cambiamento climatico*, in *Riv. giur. ambiente*, 1/2021, 7 ss.; M. Carducci, *Natura, cambiamento climatico, democrazia locale*, in *Diritto costituzionale*, 2020, 3.

[42] L. Giurato, *Il percorso della transizione energetica: da un'economia basata sull'energia pulita alla "rivoluzione verde e transizione ecologica" del Recovery Plan*, in www.ambientediritto.it, 2021. Sono ormai sempre più frequenti i riferimenti alla "transizione ecologica" che emergono nell'ambito della produzione normativa nazionale. Merita, al riguardo, particolare attenzione la recente riforma, introdotta dal d.l. n. 22/2021, secondo la quale il «Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare» è ridenominato «Ministero della transizione ecologica». Il cambiamento di denominazione ha evidentemente un valore non soltanto formale - rievocando la denominazione già utilizzata in altri Paesi membri, come la Francia e la Spagna, dove rispettivamente operano il *Ministère de la Transition Ecologique* (www.ecologie.gouv.fr) e il *Ministero para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico* (www.miteco.gob.es/es) - ma anche sostanziale, considerato che, in capo al nuovo ministero sono attribuite numerose funzioni e compiti non esclusivamente legati al processo di transizione energetica, bensì incidenti su un più ampio spettro di intervento. Si pensi, ad esempio, al Comitato interministeriale per la transizione ecologica, soggetto preposto all'adozione del "Piano per la transizione ecologica", al fine di coordinare le politiche in materia di: a) riduzione delle emissioni di gas climalteranti; b) mobilità sostenibile; c) contrasto al dissesto idrogeologico e al consumo del suolo; d) risorse idriche e relative infrastrutture; e) qualità dell'aria; f) economia circolare. Si segnala, inoltre, che anche il PNIEC contiene un riferimento indiretto alla transizione ecologica, laddove afferma che "La Legge di Bilancio 2020 stabilisce che, entro il 31 gennaio 2020, si costituisca presso il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare una Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte per la transizione ecologica e per la riduzione dei sussidi ambientalmente dannosi". Come ampiamente noto, infine, nell'ambito della Missione 2 del PNRR ("Rivoluzione verde e transizione ecologica") sono contenute le seguenti componenti: m2c1: economia circolare e agricoltura sostenibile; m2c2: energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile; m2c3: efficienza energetica e riqualificazione degli edifici; m2c4: tutela del territorio e della risorsa idrica.

[43] Cfr. L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005.

[44] S. Amorosino, *Sviluppo economico e governo del territorio*, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2015, 187 ss.

[45] Sottoscritta il 25 settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri delle Nazioni Unite, e approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU, l'Agenda 2030 fissa 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile ("Sustainable Development Goals") cui sono associati 169 traguardi ("target") da raggiungere entro il 2030, allo scopo di perseguire i "macro-obiettivi" dello "sviluppo sostenibile" in ambito ambientale, economico, sociale e istituzionale.

[46] European Commission COM (2020) 14 January 2020, *European Green Deal Investment Plan*, in www.ec.europa.eu.

[47] C. Viviani, S. Giani, *Transizione energetica e PNRR. Accelerazione e semplificazione delle procedure*, in *Urb. e app.*, 2022, 1 ss.

[48] Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on a new funding strategy to finance Next Generation EU, Brussels, 14.4.2021 COM(2021) 250 final., in www.ec.europa.eu.

[49] M. Calabrò, *Energia, ambiente e semplificazione amministrativa (nota a T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 24 novembre 2020, n. 12464)*, in www.giustizainsieme.it; Id. *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)*, in www.giustizainsieme.it.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2392 – 30 giugno 2022

Giurisdizione esclusiva nella materia del bilancio: il giudice amministrativo ne riconosce l'esistenza e la riserva costituzionale in favore della Corte dei conti (nota a TAR Lombardia, sez. I, n. 1088 dell'11.5.2022)

di Marco Calaresu

Sommario: 1. Premessa – 2. La riforma della disciplina sui rendiconti dei gruppi consiliari regionali e i correttivi apportati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 39/2014. – 3. La disciplina transitoria per l'anno 2012 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 130/2014 - 4. Altre significative pronunce della Corte Costituzionale in tema di rendiconti dei gruppi consiliari regionali – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

La sentenza in commento trae origine dall'impugnazione, da parte di un gruppo consiliare della Regione Lombardia, del provvedimento dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio Regionale, e di tutti gli altri atti ad esso presupposti, che ha imposto al ricorrente la restituzione delle spese irregolarmente sostenute, e non ancora restituite, nell'anno 2012.

Il Collegio dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, confermando le proprie precedenti pronunce adottate sui ricorsi proposti da altri gruppi consiliari della Lombardia anch'essi destinatari di atti di accertamento di irregolarità nell'attività di rendicontazione riferita al 2012^[1].

L'elemento di novità della pronuncia in esame, come si avrà modo di meglio illustrare nel prosieguo, risiede nelle argomentazioni che il TAR esprime al fine di ricondurre il

procedimento del controllo esterno sul bilancio regionale nel perimetro della giurisdizione esclusiva costituzionalmente devoluta alla cognizione del giudice contabile.

Ai fini dell'inquadramento della vicenda in esame, occorre premettere che nel 2012 il legislatore nazionale ha introdotto, nell'ambito delle misure di rafforzamento della partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria delle Regioni, una serie di norme che hanno profondamente modificato la disciplina del rendiconto di esercizio annuale dei gruppi consiliari e attribuito alla Corte dei conti il controllo sulla regolarità degli stessi[2].

Tuttavia, l'omessa previsione di una disciplina transitoria ha generato dubbi e criticità in ordine all'applicabilità, o meno, delle nuove regole anche ai rendiconti relativi all'esercizio finanziario del 2012.

In tale contesto, la Regione Lombardia ha introdotto un regime transitorio, disciplinato all'art. 10, comma 1, lettera j), della l.r. 24 dicembre 2013, n. 19[3], in forza del quale l'Ufficio di Presidenza regionale assegnava ai presidenti dei gruppi consiliari il termine di sessanta giorni per la presentazione, al collegio dei revisori, di una relazione, contenente le valutazioni sul rendiconto delle risorse assegnate al gruppo per l'anno 2012. Su tale relazione il collegio dei revisori esprimeva le proprie valutazioni che venivano formalizzate in una nota trasmessa all'Ufficio di Presidenza del Consiglio Regionale. È opportuno precisare sin d'ora che il descritto regime transitorio recepiva gli indirizzi espressi nella deliberazione della Sezione Autonomie della Corte dei conti n. 15 del 5 luglio 2013[4], poi annullata, per difetto di attribuzione, dalla Corte Costituzionale[5].

Il Consiglio Regionale della Lombardia nel costituirsi in giudizio ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sul presupposto che la controversia attiene alla materia del controllo di regolarità dei rendiconti dei gruppi consiliari, devoluta, ai sensi dell'art. 1, co. 12, del d.l. 174/2012[6] [successivamente recepito nell'articolo 11, co. 6, lett. d) del Codice di giustizia contabile[7]], alla giurisdizione esclusiva delle Sezioni Riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione della Corte dei conti.

Il TAR Lombardia, allineandosi a propri precedenti pronunciamenti[8], ha accolto l'eccezione di cui sopra e, per l'effetto, ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Il Collegio nel fondare la propria decisione richiama alcuni passaggi della sentenza della Corte Costituzionale n. 39 del 2014[9] che, come noto, ha esaminato le questioni di legittimità costituzionale (sollevate dalle Regioni Autonome Friuli-Venezia Giulia e Sardegna e dalla Provincia Autonoma di Trento) relative, tra l'altro, alle disposizioni normative contenute all'art. 1, co. 9, 10, 11 e 12, del d.l. 174/2012 recanti la disciplina del procedimento di controllo sui rendiconti dei gruppi consiliari regionali.

In primo luogo, il TAR afferma che: *“con sentenza del 6 marzo 2014, n. 39, la Corte costituzionale ha affermato che l'intervento normativo del codice di giustizia contabile deve ritenersi meramente ricognitivo di un riparto di giurisdizione già desumibile dall'assetto ordinamentale e, in particolare, dall'articolo 1, comma 12, del decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174, così come modificato dall'articolo 33, comma 2, lettera a), del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni nella legge 11 agosto 2014, n. 116, e dagli ordinari criteri di riparto della giurisdizione contenuti negli articoli 24 e 103 della Costituzione”*.

La suddetta affermazione del TAR deve essere però contestualizzata, in considerazione dell'assenza, nel testo della sentenza n. 39/2014, di un richiamo, e/o di un riferimento espresso, all'intervento normativo del Codice di giustizia contabile che, come noto, è intervenuto con il D.lgs. 174/2016 e, dunque, in epoca successiva all'emanazione della citata pronuncia della Consulta. Inoltre, appare preferibile, la ricostruzione proposta in un precedente pronunciamento della medesima sezione del TAR Lombardia, secondo cui l'intervento legislativo di cui all'art. 1, co. 12, del d.l. 174/2012 [come novellato dall'art. 33, co. 2, lett. a) del d.l. 91/2014] - che attribuisce alle Sezioni Riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione della Corte dei conti la giurisdizione sulle deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo – non assume “*portata innovativa*” in quanto la già citata sentenza n. 39/2014 aveva riconosciuto la possibilità di ricorrere, avverso le suddette deliberazioni, attraverso gli “*ordinari strumenti di tutela giurisdizionale previsti dall'ordinamento in base alle fondamentali garanzie costituzionali previste dagli artt. 24 e 113 Cost.*”^[10].

In un successivo passaggio, il TAR Lombardia afferma che: “*Come evidenziato nella sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 15 maggio 2014 e dal costante orientamento di questo Tribunale (...) deve ritenersi che, anche anteriormente all'entrata in vigore della novella dell'articolo 1, comma 12, del decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni nella legge 11 agosto 2014, n. 116, e successive modificazioni, il controllo sui rendiconti dei gruppi consiliari regionali fosse direttamente riconducibile alla materia della contabilità pubblica, ai sensi dell'articolo 103, comma 2, della Costituzione*”. Il Collegio precisa ulteriormente che “*il controllo sui rendiconti delle spese effettuate dai gruppi consiliari regionali si iscrive infatti all'interno del procedimento del controllo esterno del bilancio regionale e si concretizza nella verifica della conformità tra la destinazione dei fondi ed il loro effettivo utilizzo*”.

Anche le indicate affermazioni richiedono qualche ulteriore precisazione al fine di rispettare il dettato della più volte citata sentenza n. 39/2014. Invero, come correttamente rilevato nei richiamati precedenti pronunciamenti della sezione^[11], è sulla base dell'affermazione contenuta nella sentenza n. 39/2014 - secondo cui “*Il rendiconto delle spese dei gruppi consiliari costituisce parte necessaria del rendiconto regionale, nella misura in cui le somme da tali gruppi acquisite e quelle restituite devono essere conciliate con le risultanze del bilancio regionale*” – che è possibile desumere che già prima dell'entrata in vigore della previsione di cui all'art. 1, co. 12, del d.l. 174/2012, il controllo esercitato dalla Corte dei Conti fosse “*direttamente riconducibile alla materia «contabilità pubblica» e, dunque, ascrivibile alla giurisdizione della Corte dei Conti, a norma dell'art. 103, secondo comma, Cost.*”.

In questa fase dell'iter logico-argomentativo sviluppato dal TAR Lombardia si innesta l'affermazione secondo cui “*a prescindere dall'interpositio legislatoris, il procedimento del controllo esterno sul bilancio regionale deve essere attribuito alla giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti, in quanto rientra nel perimetro della materia della contabilità pubblica, la quale è irrelata alla qualificazione della situazione soggettiva come interesse legittimo. Come già affermato da questo Tribunale, l'interesse legittimo non è da solo sufficiente a fondare la giurisdizione del giudice amministrativo*”.

L'affermazione in esame introduce un elemento di novità rispetto alle argomentazioni prospettate nei richiamati precedenti della sezione, ed è certamente rappresentativa della maggiore sensibilità del giudice amministrativo rispetto al tema della giurisdizione esclusiva della Corte dei conti nella materia della contabilità pubblica.

Il TAR Lombardia, evidentemente aderendo ai più recenti approdi della giurisprudenza contabile^[12], riconosce che l'attività di controllo sui bilanci pubblici è parte integrante del

nucleo concettuale in cui si sostanzia la materia della contabilità pubblica devoluta, per espressa previsione costituzionale, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a prescindere dalla *interpositio legislatoris*.

Le indicate conclusioni assumono un valore particolarmente significativo e sono dense di conseguenze sul piano pratico anche alla luce del fatto che si innestano in un momento storico in cui il tema dei confini del riparto di giurisdizione tra il giudice amministrativo e quello contabile è al centro di un dibattito che ha visto contrapporsi due visioni diametralmente opposte rispettivamente rivendicate dal giudice amministrativo e da quello contabile.

Alla base di tali opposte ricostruzioni si collocano le complesse e articolate vicende che hanno interessato il bilancio di un Comune abruzzese^[13]. In questa sede, non potendo analizzare compiutamente i molteplici risvolti della vicenda *de qua*, è sufficiente evidenziare che in seguito all'adozione della delibera comunale di dichiarazione del dissesto, un gruppo di consiglieri comunali proponeva ricorso al TAR avverso la suddetta deliberazione. Contestualmente, i ricorrenti agivano innanzi alle Sezioni Riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione della Corte dei conti avverso le pronunce con le quali la Sezione regionale di controllo della Corte dei conti aveva, da un lato, disposto l'adozione di misure correttive ai sensi dell'art. 148-*bis* TUEL e, dall'altro lato, accertato la violazione del termine perentorio fissato dalla legge per l'approvazione del piano di riequilibrio finanziario pluriennale.

In entrambi i gradi di giudizio il giudice amministrativo ha rigettato l'eccezione sul difetto di giurisdizione, prospettata dal Comune. In particolare, ad avviso del Consiglio di Stato, gli assunti alla base dell'opinione secondo cui il riconoscimento della giurisdizione piena ed esclusiva della Corte dei conti sarebbe confermata dall'evoluzione normativa (a partire dal d.l. 174/2012) che manifesta non già una mera *interpositio legislatoris* bensì “*un vero e proprio rinvio diretto della norma ordinaria all'art. 103, secondo comma, della Costituzione*”, dovrebbero essere ridimensionati alla luce delle posizioni espresse dalle SS.UU. della Corte di Cassazione che avrebbero ricondotto la giurisdizione contabile “*pur sempre nel quadro dello stretto collegamento fra le funzioni di controllo e quelle giurisdizionali della Corte dei conti, e dunque in relazione all'impugnazione delle delibere adottate dalle Sezioni regionali di controllo nei diversi ambiti di loro competenza, ivi inclusa la parificazione dei rendiconti regionali*”^[14].

Le Sezioni Riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione della Corte dei conti sono invece pervenute a conclusioni diametralmente opposte alla luce di un'analisi e sistematica ricostruzione della giurisprudenza costituzionale^[15].

In tale occasione il giudice contabile ha innanzitutto evidenziato che la Corte Costituzionale ha ripetutamente affermato che “*la Corte dei conti è, in senso più ampio, il giudice naturale delle controversie nelle “materie” di contabilità pubblica, per le quali l'afferenza al suo ambito di cognizione si determina sulla base di due elementi: quello della natura pubblica dell'ente (Stato, Regioni, altri enti locali e amministrazione pubblica in genere, oggi individuabili in modo economico-funzionale, tramite i criteri forniti dal SEC 2010) e nell'elemento oggettivo che riguarda la qualificazione pubblica del denaro e del bene oggetto della gestione (Corte Costituzionale sentt. n. 17/85; n. 189/84; n. 241/84; n. 102/77)*”.

Inoltre, precisano ancora le Sezioni Riunite, con la sentenza n. 60/2013 la Corte Costituzionale ha chiarito che “*la funzione di controllo, intesa nello stretto senso del sindacato neutrale*

di legittimità sul bilancio, non può essere attribuita ad autorità diverse della Corte dei conti, in quanto organo dello Stato-ordinamento (punto 4 cons. in diritto). Poiché la Corte dei conti è anche il giudice naturale precostituito per legge in materia di contabilità pubblica (art. 25 Cost.), questa riserva di cognizione vale tanto nei confronti delle pubbliche amministrazioni, che non possono surrogare l'attività di controllo della Corte, quanto verso le altre giurisdizioni, che non possono alterare il riparto di giurisdizione previsto dalla Costituzione (art. 102 Cost.; art. VI disp. trans.; nonché artt. 113 e 103 Cost.), surrogando il controllo che spetta alla Corte dei conti e sindacandone in sede giurisdizionale l'esito".

Alla luce di quanto sopra esposto, le Sezioni Riunite definiscono la giurisdizione esclusiva della Corte dei conti in materia di bilancio nei termini di una *"giurisdizione integrata, esclusiva e per "blocco" di materia"*, cui consegue che *"il riparto di giurisdizione con le altre magistrature non si svolge sul crinale della natura della situazione giuridica sottostante, in base alla "dicotomia diritti soggettivi interessi legittimi", (C. cost. sentenza n. 204/2004), collegata ad una manifestazione illegittima del potere amministrativo (C. cost. sentenza n. 191/2006), né in base all'autorità o potere che ha emesso l'atto impugnato (autorità amministrativa o sezione regionale di controllo), ma opera sulla decisiva individuazione dell'ambito normativo perimetrato, identificabile come "materia" di contabilità pubblica"*.

2. La riforma della disciplina sui rendiconti dei gruppi consiliari regionali e i correttivi apportati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 39/2014.

Come sopra accennato, le norme contenute all'art. 1, co. 9, 10, 11 e 12, del d.l. 174/2012 hanno ridisegnato il sistema di rendicontazione e verifica delle spese sostenute dai gruppi consiliari regionali, prevedendo, altresì, le conseguenze nei casi di omessa presentazione e di accertamento di irregolarità.

A seguito della proposizione dei ricorsi da parte delle Regioni Sardegna e Friuli Venezia Giulia e dalla Provincia Autonoma di Trento, la Corte Costituzionale ha scrutinato, tra le altre, le sopra richiamate norme ed è giunta all'adozione della sopra richiamata sentenza n. 39/2014 con la quale ha fatto salvo l'impianto complessivo delineato dal legislatore del 2012, fatta eccezione per alcuni frammenti normativi colpiti dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale^[16].

Nel dettaglio, il co. 9 prevede che ciascun gruppo consiliare è chiamato ad approvare un rendiconto di esercizio annuale, strutturato secondo le *"linee-guida"* (deliberate in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano e recepite con decreto del Presidente del Consiglio) al fine di *"assicurare la corretta rilevazione dei fatti di gestione e la regolare tenuta della contabilità, nonché per definire la documentazione necessaria a corredo del rendiconto"*. Il co. 9 in precisa, altresì, che *"in ogni caso il rendiconto evidenzia, in apposite voci, le risorse trasferite al gruppo dal consiglio regionale, con indicazione del titolo del trasferimento, nonché le misure adottate per consentire la tracciabilità dei pagamenti effettuati"*.

In attuazione di quanto sopra, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 21 dicembre 2012 sono state recepite le menzionate *"linee guida"* sul rendiconto di esercizio annuale dei gruppi consiliari. Il modello di rendiconto, ivi previsto, contempla: (i) le spese per il personale assunto presso i gruppi consiliari (stipendi, oneri previdenziali, missioni, buoni pasto, consulenze; (ii) le spese a carattere strumentale (postali, telefoniche, noleggio dotazioni informatiche, affitto sale); (iii) gli esborsi per materiale informativo

(cancelleria, libri, riviste, duplicazione e stampa, logistiche); (iv) spese per “attività promozionali, di rappresentanza, convegni ed attività di aggiornamento”.

Relativamente al comma in esame, la Corte Costituzionale, con la richiamata sentenza n. 39/2014, ha escluso la lesione delle prerogative regionali in quanto gli invocati parametri costituzionali e statutari, posti a presidio dell'autonomia regionale, “preservano un ambito competenzaale rimesso a fonti di autonomia che non risulta in alcun modo leso dall'introdotta tipologia di controlli che sono meramente “esterni” e di natura documentale”.

La Corte giunge a tale conclusione sul fondamentale presupposto, richiamato e ribadito nella giurisprudenza successiva, secondo cui “il rendiconto delle spese dei gruppi consiliari costituisce parte necessaria del rendiconto regionale, nella misura in cui le somme da tali gruppi acquisite e quelle restituite devono essere conciliate con le risultanze del bilancio regionale. A tal fine, il legislatore ha predisposto questa analisi obbligatoria di tipo documentale che, pur non scendendo nel merito dell'utilizzazione delle somme stesse, ne verifica la prova dell'effettivo impiego, senza ledere l'autonomia politica dei gruppi interessati al controllo. Il sindacato della Corte dei conti assume infatti, come parametro, la conformità del rendiconto al modello predisposto in sede di Conferenza, e deve pertanto ritenersi documentale, non potendo addentrarsi nel merito delle scelte discrezionali rimesse all'autonomia politica dei gruppi, nei limiti del mandato istituzionale”.

I successivi co. 10, 11 e 12 recano il procedimento di controllo dei rendiconti da parte della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti e le conseguenze in caso di omessa regolarizzazione. In base al vigente dettato normativo, condizionato dai correttivi apportati dalla più volte richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 39/2014[17], il procedimento di controllo dei rendiconti consiliari è avviato dal Presidente del Consiglio regionale, il quale entro sessanta giorni dalla chiusura dell'esercizio, trasmette il rendiconto di ciascun gruppo alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti perché si pronunci, nel termine di trenta giorni dal ricevimento, sulla regolarità dello stesso con apposita delibera.

A questo punto possono ipotizzarsi tre diversi esiti: i) il rendiconto è dichiarato regolare e la relativa delibera della Corte dei conti è trasmessa al Presidente del Consiglio Regionale che ne cura la pubblicazione; ii) il rendiconto si considera comunque approvato nel caso in cui la Corte dei conti non si pronunci entro l'indicato termine di trenta giorni; iii) il rendiconto o la documentazione trasmessa a corredo dello stesso sono qualificati come non “conformi” alla prescrizioni normative e, pertanto, la Sezione regionale di controllo della Corte dei conti provvede, entro trenta giorni, a trasmettere al Presidente del Consiglio regionale una comunicazione “affinché si provveda alla regolarizzazione”, fissando un termine non superiore a trenta giorni “per i successivi adempimenti da parte del gruppo consiliare interessato” e disponendo, contestualmente, la sospensione del decorso del termine per la pronuncia della Corte dei conti stessa.

Anche in questo caso, in base al vigente dettato normativo, condizionato dai correttivi apportati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 39/2014[18], nell'eventualità in cui il gruppo non provveda alla regolarizzazione, sorge in capo allo stesso “l'obbligo di restituzione” delle somme ricevute e non correttamente rendicontate in forza del “principio generale delle norme di contabilità pubblica”. La Corte Costituzionale precisa infatti che il suddetto obbligo “risulta strettamente correlato al dovere di dare conto delle modalità di impiego del denaro pubblico in conformità alle regole di gestione dei fondi e alla loro attinenza alle funzioni istituzionali svolte dai gruppi consiliari”.

Da ultimo, si evidenzia che in base al co. 12 dell'art. 1 del d.l. 174/2012, come novellato dall'art. 33, co. 2, lett. a) del d.l. 91/2014, le deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti in materia di rendiconti dei gruppi consiliari sono impugnabili dinanzi alle Sezioni Riunite della Corte dei conti in speciale composizione, con le forme e i termini di cui all'art. 243-*quater*, co. 5, del D.lgs. 267/2000. Successivamente è intervenuto l'art. 11, co. 6, lett. d) del Codice di giustizia contabile che ha confermato l'indicata facoltà di impugnazione innanzi alle Sezioni Riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione.

3. La disciplina transitoria per l'anno 2012 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 130/2014.

Come sopra illustrato, il legislatore ha subordinato l'operatività del nuovo sistema di verifica delle spese dei gruppi consiliari regionali all'adozione di apposite "*linee-guida*", recanti le modalità di strutturazione del rendiconto di esercizio, poi adottate con il richiamato d.P.C.m. 21 dicembre 2012.

La circostanza che l'adozione delle menzionate "*linee guida*" sia intervenuta solo alla fine del 2012 ha provocato dubbi e criticità in ordine all'applicabilità, o meno, delle nuove regole anche ai rendiconti relativi all'esercizio finanziario del 2012.

Con la deliberazione 5 aprile 2013 n. 12 la Sezione Autonomie della Corte dei conti ha ritenuto applicabili le nuove regole anche ai rendiconti riferiti al 2012, giustificando la scelta in ragione, da un lato, della preesistenza di un obbligo di rendicontazione basato su leggi regionali e, dall'altro lato, dell'assenza di una norma espressa di rinvio dell'operatività delle nuove regole al successivo esercizio.

Tuttavia, a fronte dell'impossibilità di applicare retroattivamente i criteri recati dal menzionato d.P.C.m., la Corte dei conti, con la menzionata deliberazione, ha individuato dei parametri "*desunti dalle norme regionali e dai provvedimenti attuativi vigenti nel 2012, integrati però con i contenuti essenziali, cui fa riferimento la nuova disciplina, ossia con l'indicazione delle risorse trasferite al Gruppo dal Consiglio regionale, della corretta rilevazione dei fatti di gestione e della regolare tenuta della contabilità*".

La Sezione Autonomie della Corte dei conti è ulteriormente intervenuta sul tema con la deliberazione 5 luglio 2013, n. 15 con la quale ha sostenuto l'applicabilità di un controllo di tipo "*misto*" per i rendiconti riferiti al 2012, ipotizzando una "*applicazione parziale e frazionata*" che prevedeva, da un lato, l'esclusione dell'impianto sanzionatorio e, dall'altro lato, l'applicazione della regola secondo cui le delibere già emesse dalle Sezioni regionali di controllo dovevano essere interpretate secondo gli indirizzi sopra descritti.

Le Regioni Emilia Romagna, Veneto e Piemonte hanno adito la Corte Costituzionale attraverso la proposizione di ricorsi per conflitto di attribuzione avverso le sopra richiamate deliberazioni della Sezione Autonomie e quelle adottate dalle rispettive Sezioni regionali di controllo.

Con la sentenza 130/2014 la Corte Costituzionale si è pronunciata sui ricorsi *de quibus* rilevando, innanzitutto, che l'impianto normativo, di cui ai co. 9,10, 11 e 12 dell'art. 1

del d.l. 174/2012, condiziona l'esercizio del potere di controllo alla *“previa individuazione dei criteri per il suo esercizio e ciò sull'evidente presupposto della loro indispensabilità”*. Invero, prosegue ancora la Consulta, *“il sindacato della Corte dei conti assume (...) come parametro, la conformità del rendiconto al modello predisposto in sede di Conferenza, e deve pertanto ritenersi documentale, non potendo addentrarsi nel merito delle scelte discrezionali rimesse all'autonomia politica dei gruppi, nei limiti del mandato istituzionale”*.

Per tali ragioni la Corte Costituzionale ha ritenuto fondati i ricorsi proposti dalle suddette Regioni e, sul presupposto che *“non spettava allo Stato e, per esso, alla Corte dei conti, sezione delle autonomie e sezioni regionali di controllo per le Regioni Emilia-Romagna, Veneto e Piemonte, adottare le deliberazioni impugnate con cui si è, rispettivamente, indirizzato ed esercitato il controllo sui rendiconti dei gruppi consiliari in relazione all'esercizio 2012”*, ha annullato, tra le altre, le suddette deliberazioni adottate dalla Sezione Autonomie della Corte dei conti.

4. Altre significative pronunce della Corte Costituzionale in tema di rendiconti dei gruppi consiliari regionali.

Il tema dei rendiconti dei gruppi consiliari regionali è stato spesso al centro di importanti pronunce della Corte Costituzionale^[19]. Non potendo essere questa la sede per una compiuta analisi, di seguito saranno illustrate le questioni e i profili più significativi sui quali si è espressa la Corte Costituzionale.

Un primo e significativo aspetto attiene alla natura e all'inquadramento istituzionale dei gruppi consiliari. Al riguardo, la Consulta ha affermato che *“i gruppi consiliari sono organi del consiglio regionale, caratterizzati da una peculiare autonomia in quanto espressione, nell'ambito del consiglio stesso, dei partiti o delle correnti politiche che hanno presentato liste di candidati al corpo elettorale, ottenendo suffragi necessari alle elezioni dei consiglieri. Essi pertanto contribuiscono in modo determinante al funzionamento e all'attività dell'assemblea, assicurando l'elaborazione di proposte, il confronto dialettico fra le diverse posizioni politiche e programmatiche, realizzando in una parola quel pluralismo che costituisce uno dei requisiti essenziali della vita democratica”*^[20]. La Corte Costituzionale ha poi ulteriormente ricordato che *“I gruppi consiliari sono stati qualificati [...] come organi del consiglio e proiezioni dei partiti politici in assemblea regionale (sentenze n. 187 del 1990 e n. 1130 del 1988), ovvero come uffici comunque necessari e strumentali alla formazione degli organi interni del consiglio (sentenza n. 1130 del 1988)» (sentenza n. 39 del 2014)”*^[21].

Su tali presupposti la Corte Costituzionale ha riconosciuto che la *“lamentata lesione delle prerogative dei gruppi si risolve dunque in una compressione delle competenze proprie dei consigli regionali e quindi delle Regioni ricorrenti, pertanto legittimate alla proposizione del conflitto”*^[22].

Un ulteriore e significativo aspetto che è stato ripetutamente messo in rilievo dalla giurisprudenza costituzionale attiene alla rilevanza e all'incidenza dei rendiconti dei gruppi consiliari sul bilancio regionale. Anche di recente la Corte Costituzionale ha avuto modo di ribadire che il rendiconto delle spese dei gruppi consiliari *“costituisce parte necessaria del rendiconto regionale, nella misura in cui le somme da tali gruppi acquisite e quelle restituite devono essere conciliate con le risultanze del bilancio regionale (sentenza n. 39/2014), poiché anche esso costituisce un mero documento di sintesi ex post delle risultanze contabili della gestione finanziaria e patrimoniale dell'ente (sentenza n. 235 del 2015)”*^[23]. Ne consegue, sempre ad avviso del Giudice delle leggi, che il suddetto

documento “*non ha una consistenza finanziario-contabile esterna al bilancio della Regione, ma ne rappresenta una parte integrante e necessariamente coordinata, sia in sede previsionale, sia in sede consuntiva*”[24].

Nella maggior parte dei casi la Corte Costituzionale è stata adita attraverso la proposizione di ricorsi per conflitto di attribuzione da parte delle Regioni, aventi ad oggetto le deliberazioni adottate dalla Corte dei conti. In questi casi la Consulta si è soffermata sull'illustrazione degli elementi che devono connotare tale tipologia di ricorsi, precisando che “*il tono costituzionale del conflitto sussiste quando le Regioni non lamentino una lesione qualsiasi, ma una lesione delle proprie attribuzioni costituzionali*”[25] e, pertanto, “*vanno distinti i casi in cui la lesione derivi da un atto meramente illegittimo (la tutela dal quale è apprestata dalla giurisdizione amministrativa), da quelli in cui l'atto è viziato per contrasto con le norme attributive di competenza costituzionale (mentre non rileva che l'atto possa essere anche oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale)*”[26]. Su tali presupposti, la Corte Costituzionale ha costantemente dichiarato inammissibili tutte quelle censure con le quali le Regioni “*non lamentavano l'invasione della sfera costituzionale delle stesse ma si limitavano a far valere “la mera illegittimità della funzione esercitata, illegittimità da far valere innanzi alla giurisdizione comune*”[27].

Quanto alla natura e alla tipologia dei controlli affidati alla Corte dei conti sui rendiconti regionali, la Corte Costituzionale ha ripetutamente affermato che “*il controllo sui rendiconti dei gruppi consiliari, se, da un lato, non comporta un sindacato di merito delle scelte discrezionali rimesse all'autonomia politica dei gruppi, dall'altro, non può non ricomprendere la verifica dell'attinenza delle spese alle funzioni istituzionali svolte dai gruppi medesimi, secondo il generale principio contabile, costantemente seguito dalla Corte dei conti in sede di verifica della regolarità dei rendiconti, della loro coerenza con le finalità previste dalla legge*”[28].

Tra le sentenze più significative in tema di rendiconti dei gruppi consiliari, merita di essere richiamata la pronuncia con la quale la Corte Costituzionale si è espressa sul ricorso, per conflitto di attribuzione, proposto nel 2015 dalla Regione Emilia Romagna. In tale sede, infatti, sono stati forniti importanti chiarimenti riguardo alla portata e ai limiti del raccordo tra la funzione di controllo e quella giurisdizionale intestate alla Corte dei conti.

Il giudizio traeva origine dall'impugnazione: (i) della nota del Presidente della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti di trasmissione alla Procura contabile della deliberazione di irregolarità dei rendiconti dei gruppi consiliari per l'anno 2012; (ii) degli inviti a dedurre e dei susseguenti atti di citazione adottati nei confronti dei capigruppo e di alcuni consiglieri regionali, e (iii) della nota del Procuratore regionale, indirizzata al Presidente del Consiglio regionale e recante l'invito al recupero di somme relative a spese ritenute irregolari[29].

Innanzitutto la Corte Costituzionale rammenta che quanto al raccordo tra la funzione di controllo e quella giurisdizionale vige la regola posta a tutela del rispetto del principio del contraddittorio, enucleata con la fondamentale pronuncia n. 29/1995, secondo cui “*è incontestabile che il titolare dell'azione di responsabilità possa promuovere quest'ultima sulla base di una notizia o di un dato acquisito attraverso l'esercizio dei ricordati poteri istruttori inerenti al controllo sulla gestione, poiché, una volta che abbia avuto comunque conoscenza di un'ipotesi di danno, non può esimersi, ove ne ricorrano tutti i presupposti, dall'attivare l'azione di responsabilità. Ma i rapporti tra attività giurisdizionale e controllo sulla gestione debbono arrestarsi a questo punto, poiché si vanificherebbero illegittimamente gli inviolabili “diritti della difesa”, garantiti a tutti i cittadini in ogni giudizio dall'art. 24 della Costituzione, ove le notizie o i dati acquisiti ai sensi delle disposizioni contestate potessero essere*

utilizzati anche in sede processuale (acquisizioni che, allo stato, devono avvenire nell'ambito della procedura prevista dall'art. 5 della legge n. 19 del 1994)".

Ne consegue, pertanto, che il raccordo tra la funzione di controllo – di qualunque natura – e quella giurisdizionale della Corte dei conti, nella forma della segnalazione della *notitia damni* da parte degli organi deputati all'espletamento della prima, è legittimo a condizione che vengano rispettate le regole del contraddittorio.

Tuttavia, la segnalazione alla Procura e la successiva attività da quest'ultima espletata traevano origine dalle deliberazioni della Sezione regionale di controllo relative all'esercizio finanziario 2012, poi annullate in forza della richiamata sentenza n. 39/2014, con la conseguenza che, ad avviso della Corte Costituzionale, la nota di trasmissione era *"funzionalmente collegata"* in maniera indissolubile alla deliberazione di controllo e, pertanto, l'annullamento della seconda non poteva che comportare l'automatica caducazione della prima.

La Consulta ha poi respinto le censure regionali riferite agli atti di citazione emessi dalla Procura regionale, in ragione del fatto che l'attività d'indagine della Procura regionale e le sue determinazioni finali si fondavano non già sulla deliberazione annullata dalla sentenza n. 39/2014, ma sulla documentazione contabile autonomamente acquisita presso la Sezione regionale di controllo.

La Corte Costituzionale ha invece accolto la censura regionale riferita alla nota con la quale il Procuratore regionale aveva invitato il Presidente del Consiglio regionale al recupero amministrativo delle somme irregolarmente spese dai gruppi consiliari, sul presupposto che la richiesta di compimento di un'attività di recupero amministrativo esula dalle facoltà della magistratura inquirente; richiesta peraltro formulata in assenza di una pronuncia giurisdizionale di accertamento delle contestate irregolarità.

Da ultimo, si richiama la sentenza della Corte Costituzionale pronunciata sul ricorso per conflitto di attribuzione proposto dalle Regioni Toscana e Piemonte avverso i decreti, emessi dalle rispettive Sezioni regionali di controllo, recanti l'ordine rivolto ai Presidenti dei gruppi consiliari di provvedere al deposito dei conti giudiziali relativi alla gestione dei contributi pubblici ricevuti[30].

La pronuncia si segnala per aver escluso l'attribuzione della qualifica soggettiva di agente contabile in capo ai presidenti dei gruppi consiliari, giungendo alla medesime conclusioni alle quali erano pervenute, sia pure con argomenti diversi, le Sezioni Riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti con la sentenza n. 30/2014.

Sul punto, la Corte Costituzionale ha evidenziato che la figura dei Presidenti dei gruppi consiliari *"delineata dagli statuti regionali e dai regolamenti consiliari interni, si caratterizza, (...), per il forte rilievo politico e per l'importanza delle funzioni di rappresentanza, direttive e organizzative ad essi attribuite. Ne consegue che l'attività di gestione amministrativa e contabile dei contributi pubblici assegnati ai gruppi è meramente funzionale all'esercizio della sfera di autonomia istituzionale che ai gruppi consiliari medesimi e ai consiglieri deve essere garantita, affinché siano messi in grado di concorrere all'espletamento delle molteplici e complesse funzioni attribuite al Consiglio regionale"*.

La Corte conclude affermando che *“l’eventuale attività materiale di maneggio del denaro costituisce, quindi, in relazione al complesso ruolo istituzionale del presidente di gruppo consiliare, un aspetto del tutto marginale e non necessario (perché i gruppi consiliari ben potrebbero avvalersi per tale incombenza dello stesso tesoriere regionale), e non ne muta la natura eminentemente politica e rappresentativa della figura, non riducibile a quella dell’agente contabile”*.

Ad ogni buon conto, sottolinea ancora la Corte, i capigruppo dei Consigli regionali, anche se sottratti alla giurisdizione di conto, *“restano assoggettati alla responsabilità amministrativa e contabile (oltre che penale, ricorrendone i presupposti)”*.

5. Considerazioni conclusive.

La conclusione cui perviene la pronuncia in commento - laddove afferma che il controllo esterno sul bilancio regionale (rispetto al quale i rendiconti dei gruppi consiliari ne rappresentano una *“parte necessaria”*) deve essere attribuito alla giurisdizione esclusiva della Corte dei conti in ragione della sua riconducibilità all’interno del perimetro della materia della *“contabilità pubblica”*, a prescindere dall’*interpositio legislatoris* - appare pienamente condivisibile alla luce delle riflessioni e degli approfondimenti che hanno interessato, sotto vari profili, la Corte dei conti.

Nel corso del tempo si è sviluppato un intenso dibattito in ordine alla portata dell’art. 103, co. 2, della Costituzione, sulla riserva costituzionale di giurisdizione in favore della Corte dei conti nelle *“materie di contabilità pubblica”*, che vede contrapposti, da un lato, coloro che affermano la natura immediatamente precettiva del dettato costituzionale, e, dall’altro lato, coloro che sostengono, invece, la natura meramente programmatica della norma con la conseguente necessità di esplicitazione dei contenuti della riserva attraverso la cd. *interpositio* del legislatore.

Autorevole dottrina ha evidenziato che la disposizione costituzionale è stata considerata, per lungo tempo, come espressione di un principio *“tendenzialmente generale”* in modo da poter operare immediatamente, con capacità espansiva, solo laddove ricorresse una identità oggettiva di materia, e che le successive riflessioni hanno condotto alla presa d’atto che la materia è sufficientemente individuabile una volta accertata la sussistenza dell’elemento soggettivo, che attiene alla natura pubblica dell’ente, e dell’elemento oggettivo che riguarda la qualificazione pubblica del denaro e del bene oggetto della gestione^[31].

Ebbene, a parere di chi scrive, la pronuncia in esame esprime compiutamente il ruolo della Corte dei conti e la sua rilevanza all’interno dell’ordinamento italiano, e rispetta i criteri, che la dottrina qualifica come essenziali ai fini della ricostruzione del concetto di *“contabilità pubblica”*, rappresentati dalla *“ratio storica e oggettiva”* della magistratura contabile e dal suo attuale posizionamento *“nel sistema dei poteri”*^[32].

[1] TAR Lombardia, sez. III, n. 598 del 21.3.2019, Id. n. 1509 dell’1.7. 2019.

[2] In dottrina, si v. A. Baldanza, “*Le funzioni di controllo della Corte dei conti*”, in V. Tenore (a cura di), “*La nuova Corte dei conti: Responsabilità, Pensioni, Controlli*”, Giuffrè, 2019, p.1536 e ss.; M. Salvago, “*I nuovi controlli della Corte dei conti sulla gestione finanziaria regionale (art. 1, d.l. n. 174/2012) nei più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale*”, in www.federalismi.it, 2015, n. 19; D. Morgante, “*I nuovi presidi della finanza regionale e il ruolo della Corte dei conti nel d.l. n. 174/2012*”, in www.federalismi.it, 2013; D. Morgante, “*Controlli della Corte dei conti e controlli regionali: autonomia e distinzione nella sentenza della Corte costituzionale n. 60/2013*”, in www.federalismi.it, 2013, n. 9.

[3] Nel dettaglio, con la predetta norma il legislatore ha modificato la l.r. n. 3 del 24.6.2013 prevedendo l’inserimento, nel testo dell’art. 24, del nuovo comma 7-bis, che disciplina il descritto regime transitorio.

[4] Pronuncia di orientamento, di natura vincolante ai sensi dell’art. 6, co. 4, del d.l. n. 174/2012, in ordine alla prima applicazione della nuova disciplina sul controllo dei rendiconti dei gruppi consiliari regionali.

[5] Corte Costituzionale n. 130/2014.

[6] L’art. 1, co. 12, del d.l. 174/2012, prevede che: “*Avverso le delibere della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti, di cui al presente comma, è ammessa l’impugnazione alle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione, con le forme e i termini di cui all’articolo 243-quater, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*”.

[7] L’art. 11, co. 6, del D.lgs. 174/2016, prevede che “*6. Le sezioni riunite in speciale composizione, nell’esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, decidono in unico grado sui giudizi (...)* “d) *in materia di rendiconti dei gruppi consiliari dei consigli regionali*”.

[8] TAR Lombardia, sez. III, n. 2505 del 2.12.2015, Id., n. 598 del 21.3.2019 e n. 1509 dell’1.7. 2019.

[9] In dottrina, per un’analisi sulla sentenza della Corte costituzionale n. 39/2014, si v. B. Caravita e E. Jorio, “*La Corte costituzionale e l’attività della Corte dei conti (una breve nota sulla sentenza n. 39 e 40 del 2014)*”, in Federalismi.it; G. Di Cosimo, “*Sul contenuto e sul controllo degli atti normativi (nota a sentenza 39/2014)*”, in “*Le Regioni*” 2014; L. Buffoni e A. Cardone, “*I controlli della Corte dei conti e la politica economica della Repubblica: rules vs. discretion?*”, in “*Le Regioni*” 2014; M. Salvago, “*I nuovi controlli della Corte dei conti sulla gestione finanziaria regionale (art. 1, d.l. n. 174 del 2012) nei più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale*”, in Federalismi.it; F. Guella, “*Il carattere “sanzionatorio” dei controlli finanziari di fronte alle prerogative dei Consigli regionali e dei gruppi consiliari: ricadute generali delle questioni sollevate dalle autonomie special*”, in Osservatorio Costituzionale AIC, Aprile 2014; P. I. D’Andrea, “*Commento alla sentenza Corte Cost. n. 39/2014*”, in Federalismi.it; M. Morvillo, “*L’ausiliarietà ai tempi della crisi: i controlli della Corte dei conti tra equilibrio di bilancio e autonomia dei controllati?*”, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 2, 2014, pag. 0933B”.

[10] TAR Lombardia, sez. III, n. 2505 del 2.12.2015.

[11] TAR Lombardia, sez. III, n. 2505 del 2.12.2015, Id., n. 598 del 21.3.2019 e n. 1509 dell’1.7.2019.

[12] SS.RR. in sede giurisdizionale in speciale composizione della Corte dei conti n. 32/2020/EL.

[13] In dottrina, si v. R. Bocci, “*La giurisdizione sull’equilibrio di bilancio in caso di dissesto*”, in *Diritto & Conti*; A. Romano, “*I rapporti tra giurisdizione contabile e amministrativa nei giudizi sui piani di riequilibrio finanziario pluriennali*”, in ildirittoamministrativo.it;

[14] Cons. Stato, sez. V, n. 8108 del 17.12.2020 che richiama Cass., SS.UU., n. 22645 8.11.2016; Cass., n. 16631 del 2014, “*che valorizza la non riconducibilità della fattispecie concreta esaminata alla specifica “previsione di giurisdizione esclusiva” presa a riferimento; Cass., SS.UU., 18 maggio 2017, n. 12496, in cui si afferma sì la giurisdizione “piena ed esclusiva” della Corte dei conti riconoscendole un sindacato “estes[o] a tutti i vizi dell’atto”, ma nel quadro pur sempre d’una espressa attribuzione di legge, in specie ex art. 1, comma 169, l. n. 228 del 2012*”.

[15] SS.RR. in sede giurisdizionale in speciale composizione n. 32/2020/EL. In dottrina, si v. R. Bocci, “*La giurisdizione sull’equilibrio di bilancio in caso di dissesto*”, in “*Diritto e Conti – Bilancio, Comunità, Persona*”.

[16] Per l’analisi della sentenza della Corte Costituzionale n. 39/2014 si rinvia alla dottrina richiamata alla nota n. 9.

[17] La Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dei co. 10 e 11 nella parte in cui attribuiscono al Presidente della Giunta regionale l’onere della trasmissione dei rendiconti dei gruppi consiliari alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti. Sul punto la Corte, richiama i propri precedenti con i quali, da un lato, è stato

affermato che il legislatore statale non può individuare l'organo della Regione quale soggetto titolare di determinate funzioni (cfr. punto 6.3.9.4.) e, dall'altro lato, è stato affermato che il legislatore statale ben può legittimamente individuare il Presidente del Consiglio regionale quale organo titolare di funzioni inerenti alla trasmissione del rendiconto di ciascun gruppo alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti (cfr. punto 6.3.9.5.).

[18] La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del terzo periodo del co. 11, il quale prevede che, in caso di riscontrate irregolarità da parte della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti, il gruppo consiliare che non provveda alla regolarizzazione del rendiconto entro il termine fissato "decade", per l'anno in corso (quindi per l'esercizio successivo a quello rendicontato), dal diritto all'erogazione di risorse da parte del consiglio regionale. La Corte ha evidenziato sul punto che si tratta di "misura repressiva di indiscutibile carattere sanzionatorio che consegue ex lege, senza neppure consentire che la Corte dei conti possa graduare la sanzione stessa in ragione del vizio riscontrato nel rendiconto, né che gli organi controllati possano adottare misure correttive. Ciò non consente di preservare quella necessaria separazione tra funzione di controllo e attività amministrativa degli enti sottoposti al controllo stesso che la giurisprudenza di questa Corte ha posto a fondamento della conformità a Costituzione delle norme istitutive dei controlli attribuiti alla Corte dei conti (tra le tante, sentenza n. 179 del 2007)".

[19] In dottrina si v. P.L. Tomaiuoli, "La Corte costituzionale e la disciplina dei rendiconti dei gruppi consiliari regionali", in www.questionegiustizia.it.

[20] Corte Costituzionale n. 107/2015 che richiama la sentenza n. 187/1990.

[21] Corte Costituzionale n. 107/2015.

[22] Corte Costituzionale n. 107/2015 che richiama le sentenze nn. 252 del 2013, n. 195 del 2007 e n. 163 del 1997.

[23] Corte Costituzionale n. 215/2021.

[24] Corte Costituzionale n. 215/2021 che richiama le sentenze della Corte nn. 235 e 107 del 2015, nonché nn. 130 e n. 39 del 2014.

[25] Corte Costituzionale n. 10 del 2017 che richiama le sentenze nn. 260 del 2016, 87 del 2015, 263 del 2014, 52 del 2013.

[26] Corte Costituzionale n. 10 del 2017 che richiama le sentenze nn. 260 del 2016, 87 del 2015 e 137 del 2014.

[27] Corte Costituzionale n. 10 del 2017 che richiama le sentenze nn. 260 e 104 del 2016.

[28] Corte Costituzionale n. 260 del 2016, 104 del 2016, n. 263 del 2014. Più nel dettaglio, con le sentenze n. 260 del 2016, 104 del 2016, la Corte Costituzionale ha precisato che *tra i criteri richiamati, l'art. 1 dell'Allegato A al d.P.C.m. 21 dicembre 2012, menziona la «veridicità e correttezza delle spese», specificando che «la veridicità attiene alla corrispondenza tra le poste indicate nel rendiconto e le spese effettivamente sostenute» (comma 2), mentre «la correttezza attiene alla coerenza delle spese sostenute con le finalità previste dalla legge» (comma 3), con l'ulteriore puntualizzazione che «ogni spesa deve essere espressamente riconducibile all'attività istituzionale del gruppo» (comma 3, lettera a)*".

[29] Corte Costituzionale n. 235 del 2015.

[30] Corte Costituzionale n. 107 del 2015.

[31] P. Santoro, "La nozione di contabilità pubblica nella giurisprudenza costituzionale", relazione illustrata in occasione del Convegno di studi in memoria di S. Zambardi, dal titolo "La Corte dei conti e la contabilità pubblica nella tradizione e nella evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale", Venezia 03.10.2014.

[32] F. Sucameli, "Contabilità finanziaria, contabilità economica e contabilità analitica come «materia» e come «tecnica». In particolare, il principio della competenza finanziaria potenziata", in AA.VV., "La Corte dei conti. Responsabilità, Contabilità, Controllo, 2019.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2283 – 13 aprile 2022

La Grande Sezione della Corte di giustizia elabora (finalmente) un test unico per il *ne bis in idem*^[1]

di Marco Cappai e Giuseppe Colangelo

Sommario: Premessa - 1. *L'acquis* Schengen - 2. Lo statuto speciale del diritto antitrust e la (prima) occasione persa per giungere a un'unificazione del *test sull'idem* - 3. *Ne bis in idem* 2.0: l'arresto *A & B c. Norvegia* e la giurisprudenza *Menci* - 4. La (seconda) occasione persa dal diritto antitrust per giungere a un'unificazione del *test sull'idem* - 5. I rinvii pregiudiziali *bPost* e *Nordzucker* - 6. Le pronunce della Grande Sezione: l'unificazione del *test sull'idem* - Conclusioni.

Premessa

Il divieto di *bis in idem* (o *double jeopardy*) di diritto europeo – introdotto dall'art. 54 della Convenzione di Schengen (CAAS)^[2] con l'intento di creare un'area di libertà, sicurezza e giustizia^[3] – è oggi codificato all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFEU), che, con il Trattato di Lisbona, assume portata vincolante per l'Unione e per gli Stati membri^[4]. Il campo di applicazione territoriale della garanzia è più ampio rispetto alla protezione accordata dall'art. 4, Protocollo 7 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), caratterizzata da una portata interna allo Stato firmatario. Mentre la Convenzione richiede che la violazione si radichi all'interno della medesima giurisdizione (nel senso che i due procedimenti giudiziari e/o amministrativi devono essere avviati, avverso lo stesso soggetto, dallo stesso Stato), il *ne bis in idem* europeo vincola le istituzioni e gli organi euro-unitari, unitamente agli Stati membri e le relative articolazioni, nella misura in cui questi diano attuazione, anche in diversi territori, al diritto dell'Unione^[5].

Secondo la dottrina internazionalista, l'esperienza europea costituisce il primo caso di applicazione transnazionale del principio in parola.

I diritti codificati nella Carta devono essere interpretati in modo conforme ai corrispondenti diritti enucleati dalla Convenzione[6].

Uno dei contributi maggiori forniti dalla la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) alla costruzione del *ne bis in idem* europeo è quello dell'estensione della garanzia penalistica in parola anche alle sanzioni amministrative di natura "sostanzialmente penale"[7], tra le quali sono pacificamente annoverabili, ad esempio, le ammende antitrust[8].

1. L'*acquis* Schengen

Nonostante la dichiarata convergenza d'intenti e di scopo, il dialogo tra la Corte di giustizia (CGUE) e la Corte EDU si è sovente caratterizzato per un approccio autonomo del Giudice di Lussemburgo (c.d. *Charter-centrism*).

In tale contesto, tradendo in qualche modo il ruolo di *institutional empowerment* che tipicamente le appartiene in sede pregiudiziale, la Corte ha graduato l'intensità della garanzia di *ne bis in idem* in funzione della *policy area* volta per volta interessata, dando a lungo vita a un mosaico frammentario di tutele, non esente da critiche. Da un lato, nella materia penale in senso classico[9] la CGUE ha applicato l'art. 54 CAAS accogliendo una nozione materialistica del concetto di *idem*, da intendersi quale *idem factum*. Essa ha in particolare statuito che "*l'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'art. 54 della CAAS è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro*"[10]. Nel corso degli anni, in forza dell'art. 50 CDFUE tale approccio è stato esteso – si dirà – anche alle sanzioni amministrative di carattere punitivo irrogate, ad esempio, a seguito della violazione di oneri dichiarativi in materia di imposta a valore aggiunto o di inosservanza degli obblighi di trasparenza vigenti nei mercati finanziari.

2. Lo statuto speciale del diritto antitrust e la (prima) occasione persa per giungere a un'unificazione del *test* sull'*idem*

Dall'altro lato, in materia antitrust si è affermato un orientamento più stringente, che declinava la nozione di *idem* secondo il criterio dell'*idem crimen*. Segnatamente, si è a lungo affermato che l'applicazione del principio del *ne bis in idem* in ambito concorrenziale "*è soggetta ad una triplice condizione di identità dei fatti, di unità del contravventore e di unità dell'interesse giuridico tutelato. Tale principio vieta quindi di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico*"[11]. In tale contesto, si riteneva che il diritto europeo e nazionale della concorrenza proteggessero differenti interessi giuridici. Si tratta di una lettura che può apparire a prima vista singolare, dato che in tale area l'Unione ha sempre detenuto, sin dal Trattato di Roma, una competenza esclusiva per la tutela della concorrenza[12] e considerato che, proprio con riferimento a questa materia, la Corte ha riconosciuto il principio del *ne bis in idem* per la prima volta (ancorché in una versione depotenziata)[13], persino prima della ratifica della Convenzione di Schengen.

In realtà, nella fase embrionale del processo d'integrazione europea vi erano ragioni che potevano supportare, almeno in parte, un simile approccio bipartito: nell'area Schengen, l'esigenza di creare un'area di libertà, sicurezza e giustizia imponeva agli Stati contraenti di riporre mutua fiducia nei rispettivi sistemi di giustizia penale^[14] e al contempo induceva a promuovere la libertà di circolazione degli individui^[15]; nella seconda *policy area*, la mera preordinazione del diritto europeo della concorrenza "primitivo" a eliminare gli ostacoli alla creazione di un mercato interno^[16] lasciava agli ordinamenti nazionali la facoltà di dettare discipline più severe (paradigmatico il caso tedesco).

Nel corso del tempo, però, sono venute a modificarsi alcune importanti condizioni di contesto. All'indomani della modernizzazione del diritto della concorrenza^[17] i sistemi nazionali di antitrust *enforcement* sono stati fortemente ravvicinati e armonizzati, a livello sia sostanziale che procedurale, con la creazione dell'*European Competition Network* (ECN). Ma soprattutto, nel 2009 è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, che – come anticipato – attribuisce valore vincolante alla Carta.

Pur essendo maturi i tempi per un *revirement*, la Corte di giustizia ha confermato il proprio orientamento sul *ne bis in idem* anche nello scenario così ridisegnato. Tanto sul rilievo che il Regolamento 1/2003, avendo optato per l'applicazione parallela e contestuale degli artt. 101 e 102 TFUE e del pertinente diritto naturale – purché il secondo non pregiudichi l'*effet utile* del primo – avrebbe consentito di mantenere in vita la tesi della duplicità di interessi giuridici protetti (c.d. doppia barriera)^[18].

3. *Ne bis in idem* 2.0: l'arresto *A & B c. Norvegia* e la giurisprudenza *Menci*

Il *camouflaged overruling* della Corte EDU nel caso *A & B v. Norvegia* ha riaperto il dibattito^[19]. Discostandosi da quanto statuito nel caso *Grande Stevens c. Italia*^[20], in tale sede la Grande Camera di Strasburgo ha aperto le porte al doppio binario sanzionatorio (nella specie, penale e amministrativo) per lo stesso fatto avverso il medesimo soggetto. Come noto, pur mantenendo una nozione materialistica di *idem* – centrata, dopo alcune incertezze iniziali^[21], sul concetto di "*identical facts or facts which are substantially the same*"^[22] – nel *leading case* del 2016 la Corte di Strasburgo ha allentato quella di *bis*, ammettendo doppi binari sanzionatori, purché idonei ad assicurare una sufficientemente stretta connessione, nella sostanza e nel tempo, tra i due piani di intervento repressivo^[23].

Alla base del *revirement* troviamo una forte azione di pressione degli Stati firmatari, desiderosi di riappropriarsi del proprio *ius puniendi*, prerogativa tipica della sovranità.

Il controcanto della Corte di giustizia al "nuovo corso" del *ne bis in idem* ha seguito una traiettoria teorica diversa, ma, per le medesime pressioni di cui sopra, è giunto ad approdi sostanzialmente simili negli effetti^[24].

In primo luogo, la Corte ha chiarito che l'avvio o la prosecuzione di un procedimento (amministrativo o penale) dopo che sia intervenuta una decisione definitiva per lo stesso fatto avverso il medesimo soggetto costituisce sempre, in linea di principio, una violazione del divieto di *bis in idem*. In ciò la posizione di Lussemburgo si differenzia da quella di Strasburgo, che – data anche l'impossibilità di derogare ai diritti fondamentali riconosciuti dalla

Convenzione[25] –interviene a monte del problema, escludendo l'integrazione della condizione del *bis* in presenza di alcuni presupposti (come visto, “*close connection in substance and time*” dei due procedimenti amministrativi o giudiziari).

In secondo luogo, la CGUE ha chiarito che, al ricorrere di determinate condizioni, la Carta può tollerare delle compressioni (purché prevedibili, ragionevoli e proporzionate) dei diritti riconosciuti. Il viatico argomentativo passa per la *limitation of rights clause*, in virtù della quale “*eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*”[26]. Su tali basi, la CGUE ha statuito che il *ne bis in idem* europeo non è di per sé ostativo a un doppio binario, alla triplice condizione che: i) ciò sia previsto dalla legge ed essa persegua obiettivi di interesse generale che giustificano la duplicazione procedimentale/sanzionatoria; ii) la legge assicuri meccanismi di coordinamento tali da ridurre entro quanto strettamente necessario lo “svantaggio marginale” di un procedimento/sanzione aggiuntivo; iii) la legge preveda meccanismi tali da assicurare che il trattamento sanzionatorio complessivo sia comunque proporzionato alla gravità dell'offesa.

4. La (seconda) occasione persa dal diritto antitrust per giungere a un'unificazione del *test sull'idem*

L'apertura di una simile clausola di flessibilità avrebbe potuto favorire un intervento, legislativo e/o giurisprudenziale, teso a superare l'(oramai ingiustificato) approccio differenziato al *ne bis in idem* in materia antitrust. E infatti, in forza della giurisprudenza *Menci* non vi era più necessità di negare, in radice, un problema di *bis in idem* a fronte di duplici repressioni del diritto antitrust, in quanto l'avvio di procedimenti paralleli sulla medesima infrazione anticoncorrenziale avrebbe potuto aver luogo, nel rinnovato contesto, in presenza di adeguati meccanismi, previsti per legge, di raccordo verticale (tra Commissione europea e autorità della concorrenza nazionali) o orizzontale (tra autorità nazionali).

Tuttavia, così non è stato.

Nel potenziare i poteri delle autorità nazionali competenti (ANC) e il livello di integrazione amministrativa tra le stesse e la Commissione europea, la Direttiva ECN+[27] non ha introdotto meccanismi di *case allocation*, lasciando dunque che la divisione del lavoro tra *enforcer* continuasse a esser regolata dagli esistenti strumenti di *soft law*[28]. Tuttavia, questi ultimi non impegnano le Amministrazioni nei confronti del cittadino, come recentemente confermato dall'ordinanza resa dal Tribunale UE sul caso *Amazon buy-box*[29]. Dal suo canto, nel caso *Slovak Telekom* la Corte di giustizia ha ribadito, ancora una volta, il *test* tripartito sull'*idem* (identità di persona, condotta e interesse), confermando dunque la rilevanza, in materia antitrust, del criterio dell'interesse giuridico protetto[30].

È interessante notare che sia *Aalborg Portland*[31] che *Toshiba*[32] e *Slovak*[33], pur avendo elaborato il *test* tripartito, in concreto non lo hanno dovuto applicare, in quanto le vicende

conosciute concernevano sempre fatti che, secondo la stessa Corte, erano simili ma non identici, sicché la prima sotto-condizione (“*identità dei fatti*”) non poteva dirsi soddisfatta.

5. I rinvii pregiudiziali *bPost* e *Nordzucker*

Con una coppia di rinvii pregiudiziali la questione è stata sottoposta all’attenzione della Grande Sezione.

Nel primo caso (*bpost*) l’autorità postale belga ha irrogato una sanzione contro l’impresa incaricata del pubblico servizio. Tale decisione è stata in seguito annullata con sentenza definitiva. La medesima condotta veniva quindi sanzionata anche dall’autorità antitrust del medesimo Stato (che tuttavia teneva conto dell’intervento del Regolatore ai fini della quantificazione dell’ammenda). Si tratta di un caso di estrema attualità perché, a differenza dei precedenti, concerne l’*overlap* tra antitrust e regolazione, fattispecie certo non di scuola e destinata anzi a verificarsi sempre più frequentemente con l’approvazione del *Digital Markets Act*[34], che persegue finalità pro-concorrenziali chiaramente sovrapponibili alla normativa, europea e nazionale, antitrust[35].

Il secondo caso concerne un’intesa restrittiva della concorrenza indagata, a seguito di domanda di clemenza, sia dall’autorità nazionale austriaca che da quella tedesca, in entrambi i casi per violazione dell’art. 101 TFUE in combinazione con le norme nazionali di riferimento.

Sull’assunto che, ad oggi, non sussistono valide ragioni per graduare l’intensità della garanzia fondamentale del *ne bis in idem* a seconda della *policy area* interessata, nelle sue conclusioni l’A.G. Bobek ha proposto di adottare un *test* unificato, assumendo come modello il *test* tripartito elaborato in materia antitrust, che, superando definitivamente la giurisprudenza *Menci*, sarebbe dunque dovuto diventare il parametro interpretativo esclusivo dell’art. 50 CDFUE[36].

Condividendo l’assunto di partenza dell’Avvocato generale, chi scrive ne ha tratto conclusioni opposte, proponendo di elevare la giurisprudenza *Menci* a *test* unico per il *ne bis in idem*, e accantonando, invece, la versione alternativa sviluppatasi in materia antitrust[37]. Ciò sul duplice presupposto che la soluzione tratteggiata dalla Grande Sezione nelle tre decisioni gemelle del 2018 apparisse più rigorosa (in quanto non nega, a priori, l’esistenza di un’ipotesi di *double jeopardy*) e che un simile *revirement* non avrebbe necessariamente pregiudicato l’effettività del diritto europeo (giacché procedimenti paralleli sarebbero stati comunque ammessi, qualora il Legislatore, europeo e nazionale, fosse riuscito a soddisfare le condizioni per azionare la *limitation of rights clause*).

6. Le pronunce della Grande Sezione: l’unificazione del *test* sull’*idem*

Con le sentenze in commento, la Grande Sezione ha seguito questa seconda strada.

In via preliminare, la CGUE è finalmente giunta ad ammettere che “*la portata della tutela conferita [dall’art. 50 CDFUE] non può, salvo disposizione contraria del diritto dell’Unione, variare da un settore di quest’ultimo a un altro*”. Una volta compiuta questa fondamentale operazione di *reductio ad unum*, la Corte non ha avuto motivo di abbandonare il criterio “*dell’identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro che hanno condotto all’assoluzione o alla condanna definitiva dell’interessato*”, che, di qui in avanti, dovrà dunque trovare applicazione anche nei casi in cui viene in rilievo il diritto della concorrenza (da solo o in combinazione con la regolazione di settore)[38].

Coerentemente con la giurisprudenza *Menci*, la Corte ha tuttavia ricordato che la regola può conoscere eccezioni, se sono rispettati i presupposti fissati dall’articolo 52(1) CDFUE. In forza di tale previsione, eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono: i) essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà; ii) essere necessarie e rispondere effettivamente a “*finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione*” (o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui); iii) rispettare il principio di proporzionalità[39].

Conclusioni

L’arresto della Grande Sezione ha l’indubbio merito di sgomberare il campo dall’equivoco teorico che ha a lungo investito la nozione di *idem*, declinata per circa due decenni in modo differente a seconda dell’area del diritto europeo interessata (*idem crimen*, nel diritto della concorrenza; *idem factum*, in tutti gli altri settori). Si auspica che questa (lungamente attesa) opera di razionalizzazione possa favorire l’emersione di un *acquis* giurisprudenziale maggiormente coerente e completo. Grazie a queste pronunce, infatti, le esperienze maturate ciascun settore del diritto europeo potranno contribuire allo sviluppo di una matrice condivisa del principio di *ne bis in idem*.

Sbaglierebbe, tuttavia, l’interprete a pensare che *bPost* e *Nordzucker* risolvano ogni problema. Una serie di questioni restano, infatti, aperte.

In primo luogo, l’esperienza pratica insegna che, a fronte di condotte anticoncorrenziali con oggetto o effetto transnazionale, la condizione dell’identità del fatto materiale non è stata sin qui mai ritenuta soddisfatta dalla Corte di giustizia. E le decisioni in commento ne spiegano perfettamente la ragione: “*il principio del ne bis in idem non trova applicazione quando i fatti di cui trattasi non sono identici, bensì soltanto analoghi*”[40].

In secondo luogo, in questo stadio ancora acerbo dell’elaborazione giurisprudenziale sui criteri *Menci* le condizioni che permettono di azionare la *limitation of rights clause* appaiono declinate, nel concreto, in modo piuttosto (e, forse, eccessivamente) blando e generico.

E infatti, dopo aver depurato il *test* sull’identità del fatto del criterio dell’interesse giuridico protetto, la Corte lo ha recuperato per valutare una delle condizioni di esenzione, ossia quella della rispondenza del secondo procedimento o della seconda sanzione a “*un obiettivo di interesse generale*”. Ebbene, secondo la Grande Sezione sussiste un obiettivo di interesse generale quando “*le due normative di cui trattasi [...] perseguono obiettivi legittimi distinti*”[41]. Ad esempio, in *bPost* il primo intervento repressivo era funzionale ad accompagnare il graduale processo

di liberalizzazione del settore postale, mentre il secondo era preordinato a tutelare le dinamiche competitive, sicché, secondo la Corte (che lascia tuttavia al giudice del rinvio ogni valutazione in merito), in un caso come quello in esame il requisito dell'obiettivo di interesse generale risulterebbe soddisfatto^[42]. Analogo ragionamento viene svolto in punto di proporzionalità: la duplicazione degli interventi in tanto è proporzionata, in quanto questi perseguono “*obiettivi di interesse generale distinti*”, sì da porsi in rapporto di complementarità^[43]. Tale linea di ragionamento rischia di riportare l'interprete al punto di partenza, in quanto – ammoniva anche l'A.G. Bobek^[44] – un legislatore ben potrebbe affermare di voler salvaguardare interessi giuridici diversi da quelli in concreto protetti, laddove questi ultimi già ricevano protezione in altri corpi normativi. Il caso del *Digital Markets Act* e del diritto europeo e nazionale della concorrenza ci pare, al riguardo, piuttosto illustrativo: ancorché tra le finalità del DMA vi sia, al pari del diritto antitrust, quella di garantire mercati digitali contendibili, l'art. 1(6) del regolamento lascia impregiudicata l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, nonché delle norme antitrust nazionali, sul presupposto che non sussista identità di scopo tra tali plessi disciplinari. Va però detto, al riguardo, che l'approccio seguito dalla Corte nel caso *Nordzucker* sembra denotare la crescente volontà di cogliere l'essenza dei fenomeni giuridici analizzati, andando oltre le etichette utilizzate dai legislatori^[45].

Per altro profilo, nel guidare il giudice del rinvio nella verifica del requisito della “necessarietà” della duplicazione procedimentale/sanzionatoria, la Corte ha richiamato il criterio della sufficiente connessione sostanziale e temporale elaborato dalla Corte di Strasburgo in *A e B c. Norvegia*. In tale contesto, essa ha precisato che la mera “*esistenza di una disposizione di diritto nazionale [o europeo] che preved[a ...] la cooperazione e lo scambio di informazioni tra le autorità interessate [potrebbe costituire] un quadro pertinente per assicurare il coordinamento*”^[46]. Si tratta di un requisito non particolarmente difficile da integrare: ad esempio – per rimanere sul medesimo esempio – il *Digital Markets Act* prevede meccanismi di dialogo che, in astratto, paiono in linea con tale criterio. Donde l'esigenza, imprescindibile, di compiere una verifica *ex post* circa l'effettività del suddetto coordinamento, che non dovrà esser solo previsto sulla carta, ma anche garantito in concreto^[47].

Alla luce di quanto precede, è dunque agevole riscontrare che l'effettiva salvaguardia del diritto di *ne bis in idem* passa per la il modo in cui la Corte e i giudici nazionali daranno esplicitazione ai singoli aspetti scriminanti che condizionano l'applicabilità della *limitation of rights clause*. Esiste insomma il rischio che, a fronte di atteggiamenti eccessivamente laschi, l'eccezione al diritto di *ne bis in idem* divenga regola, di modo da vanificare, a livello pratico, l'apprezzabile sforzo teorico compiuto dalla Grande Sezione.

Ma questo è un problema successivo. Intanto, è fuor di dubbio che la rotta sia stata corretta.

[1] Il contributo è frutto della riflessione congiunta degli autori. Tuttavia, la Premessa e i §§ 1-4 sono specificamente riferibili a Marco Cappai; i §§ 5-6 a Giuseppe Colangelo; le Conclusioni a entrambi.

[2] La Convenzione è nata nel perimetro del Terzo Pilastro (titolo VI del Trattato sull'Unione europea, relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale), caratterizzato da un approccio intergovernativo, ed è stata successivamente “comunitarizzata” con il Protocollo (n. 2) al Trattato di Amsterdam sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea.

[3] Correnti artt. 3(2) TUE e 67 TFUE.

[4] art. 6(1) TUE.

[5] Art. 51 CDFUE.

[6] Artt. 52(3) CDFUE e 6(1) TUE.

[7] Corte EDU, Grande Camera, 23 novembre 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, §§ 82-83. I criteri *Engel* sono stati direttamente applicati dal Giudice di Lussemburgo per la prima volta in CGEU, Grande Sezione, 5 giugno 2012, *Lukasz Marcin Bonda*, C-489/10, §§ 37 ss.

[8] Corte EDU, 3 dicembre 2002, *Lilly v. France* (dec.), ric. n. 53892/00; *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*, ric. n. 43509/08, 27 settembre 2011; 23 ottobre 2018, *Produkcija Plus Storitveno podjetje d.o.o. c. Slovenia*, ric. n. 47072/15.

[9] Secondo la presa di posizione dell'A.G. del 2 maggio 2014 sul caso C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, § 41 e nt. 30, si intende per “«classico» il diritto penale repressivo, il quale esprime una severa condanna sociale o morale dell'atto in questione ed è qualificato come tale dal diritto applicabile”.

[10] CGUE, Sez. II, 9 marzo 2006, *Van Esbroek*, C-436/04, § 36. Nel caso di specie, l'interessato era stato condannato in Norvegia il 2 ottobre 2000 per importazione illegale di sostanze vietate e, in Belgio, il 19 marzo 2003 per esportazione illegale dei medesimi prodotti.

[11] CGUE, Sez. V, 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland, C-204/00 P e a.*, § 338.

[12] Oggi, art. 3(1)(b) TFUE.

[13] Muovendo da esigenze di “*natural justice*”, si richiedeva alle autorità che sanzionassero o perseguissero, nei confronti del medesimo soggetto, la stessa condotta, la prima volta in forza del diritto europeo e la seconda in base al diritto nazionale (o viceversa), di giungere a un trattamento sanzionatorio complessivamente proporzionato (c.d. *accounting principle*): cfr. CGUE, 14 dicembre 1972, C-7/72, *Boehringer*.

[14] CGUE, 11 febbraio 2003, C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, § 33.

[15] CGUE, Sez. V, 10 marzo 2005, C-469/03, *Miraglia*, § 32.

[16] Attuali artt. 3(3) TUE e 26 TFUE.

[17] Reg. (CE) n. 1/2003.

[18] CGUE, Grande Sezione, 14 febbraio 2012, C-17/10, *Toshiba*, §§ 81-83 e 97.

[19] Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, ricc. nn. 24130/11 e 29758/11.

[20] Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, ricc. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10.

[21] Corte EDU, 30 luglio 1998, *Oliveira c. Svizzera*, ric. n. 25711/94, § 26 ha abbandonato la nozione di “*same conducts*”, inizialmente abbracciata in *Gradinger c. Austria* (28 settembre 1995, ric. n. 15963/90, § 55), in favore di quella di “*same offence*”.

[22] Corte EDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotukhin c. Russia*, ric. n. 14939/03, § 82.

[23] Corte EDU, GC, *A. e B.* cit., §§ 123-130.

[24] CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15; *Garlsson*, C-537/16; *Di Puma - Zecca*, C-596/16 e C-597/16.

[25] Art. 15(2) CEDU.

[26] Art. 52(1) CDFUE.

[27] Direttiva 2019/1/UE.

[28] Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03).

[29] Tribunale UE, Sez. I, ord. n. 14 ottobre 2021, *Amazon.com e al. c. Commissione*, T-19/21.

[30] CGUE, Sez. VIII, 25 febbraio 2021, C-857/19, § 43.

[31] CGUE, V, C-204/00 P cit., § 340.

[32] CGUE, GS, C-17/10 cit., §§ 98-99.

[33] CGUE, VIII, C-857/19 cit., § 45.

[34] <https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20220315IPR25504/deal-on-digital-markets-act-ensuring-fair-competition-and-more-choice-for-users>.

[35] M. Cappai - G. Colangelo, *Taming digital gatekeepers: the more regulatory approach to antitrust law*, in *Computer Law & Security Review*, n. 41/2021, 105559.

[36] Conclusioni del 2 settembre 2021 in C-117/20 (*bPost*) e in C-151/20 (*Nordzucker*).

[37] M. Cappai - G. Colangelo, *A Unified Test for the European Ne Bis in Idem Principle: The Case Study of Digital Markets Regulation*, SSRN working paper (27 ottobre 2021), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3951088.

[38] CGUE, Grande Sezione, 22 marzo 2022, *bPost*, C-117/20, §§ 33-35 e *Nordzucker*, C-151/20, §§ 38-40.

[39] CGUE, GS, *bPost*, C-117/20 cit., § 41; *Nordzucker*, C-151/20 cit., § 50.

[40] CGUE, GS, *bPost*, C-117/20 cit., § 36.

[41] CGUE, GS, *bPost*, C-117/20 cit., § 44.

[42] CGUE, GS, *bPost*, C-117/20 cit., § 47.

[43] CGUE, GS, *bPost*, C-117/20 cit., § 49.

[44] Conclusioni in *bPost*, C-117/20 cit., §§ 131 e 139.

[45] Sfatando la superstizione della “doppia barriera”, la Grande Sezione ha infatti ritenuto che “nell’ipotesi in cui due autorità nazionali garanti della concorrenza perseguissero e sanzionassero gli stessi fatti al fine di garantire il rispetto del divieto di intese in applicazione dell’articolo 101 TFUE e delle corrispondenti disposizioni del loro rispettivo diritto nazionale, tali due autorità perseguirebbero lo stesso obiettivo di interesse generale”, sicché un cumulo dei procedimenti e delle sanzioni non potrebbe in ogni caso essere giustificato (CGUE, GS, *Nordzucker*, C-151/20 cit., §§ 56-57). Non è tuttavia detto che in futuro la Corte perverrà alla medesima conclusione a fronte di duplicazioni procedurali/sanzionatorie per abuso di posizione dominante, in quanto, ai sensi dell’art. 3(2) Reg. (CE) n. 1/2003, con riferimento alle condotte unilaterali il diritto nazionale può andare oltre l’art. 102 TFUE, potendosene dunque differenziare in taluni aspetti. In simili circostanze, la Corte potrebbe dunque considerare che l’art. 102 TFUE e il diritto nazionale volto a colpire condotte anticoncorrenziali unilaterali, nonostante la parziale coincidenza di scopo, perseguono finalità distinte.

[46] CGUE, GS, *bPost*, C-117/20 cit., § 55.

[47] CGUE, GS, *bPost*, C-117/20 cit., § 52.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2264 – 30 marzo 2022

La difficile convivenza tra creature umane e non umane. Il caso dell'orso M57 e la motivazione dei provvedimenti contingibili e urgenti (Nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, 3 novembre 2021, n. 7366)

di Silvia Casilli

Sommario: 1. Premessa: i fatti di causa e il ricorso al Consiglio di Stato – 2. Orientamenti in materia del CdS e precedenti della Sezione Terza: la sentenza n. 571/2021 – 3. La soluzione della Sezione Terza: la sentenza n. 7366/2021 – 4. L'esercizio del potere contingibile e urgente – 5. Il rischio di abuso degli strumenti del c.d. diritto amministrativo dell'emergenza: tensione con il principio di legalità.

1. Premessa: i fatti di causa e il ricorso al Consiglio di Stato

Con la sentenza n. 7366 del 2021, la Terza Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata in ordine al ricorso agli strumenti del c.d. diritto amministrativo dell'emergenza e, più segnatamente, in tema di motivazione e vizi dell'atto. In particolare, ha affrontato la questione dell'esercizio del potere contingibile e urgente in capo al Presidente della Provincia e del relativo sindacato giurisdizionale affermando l'illegittimità dell'ordinanza che ha disposto la captivazione permanente dell'orso M57, adottata in assenza del preventivo necessario parere dell'Ispra (Istituto Superiore per la Protezione e Ricerca Ambientale) richiesto allo scopo di consentire una valutazione in merito al regime più adeguato e maggiormente conforme ai parametri normativi in relazione alle esigenze di tutela sia dell'animale che della collettività.

La vicenda contenziosa – sulla falsa riga di altre similari portate all’attenzione dello stesso Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento – trae origine dai ricorsi (nn. 152 e 153/2020) presentati davanti al Tar Trento dall’Ente Nazionale Protezione Animali E.N.P.A. Onlus (di seguito “E.N.P.A.”) e dall’Organizzazione Internazionale Protezione Animali Oipa Italia Odv (di seguito “OIPA”) per l’annullamento del provvedimento, ovvero dell’ordine, comunque impartito dal Presidente della Provincia Autonoma di Trento con cui è stata disposta la cattura per la captivazione permanente dell’esemplare di orso denominato M57, ai sensi degli articoli 52 d.P.R. n. 670/1972 e 18 legge regionale n. 1/1993[1].

Con sentenza n. 55/2021, il Tar Trento rigettava i ricorsi proposti, tra gli altri, da E.N.P.A. e OIPA, ritenendo che il provvedimento di cattura per la captivazione permanente presso la struttura denominata Casteller dell’orso M57 fosse esente dai vizi prospettati con i ricorsi di primo grado.

Contestualmente, nel giudizio di primo grado veniva resa ordinanza cautelare, anch’essa appellata (da E.N.P.A. e OIPA) e riformata dalla successiva ordinanza cautelare n. 329/2021 del Consiglio di Stato.

Avverso la sentenza ricorrevano E.N.P.A. e OIPA deducendo sotto diversi profili, come già in primo grado, il difetto di motivazione e di istruttoria da cui sarebbe stato viziato il provvedimento impugnato dinanzi al giudice di prime cure e l’insussistenza, nel caso di specie, dei presupposti per la cattura e captivazione permanente.

In particolare, le appellanti sostenevano che il giudice di prime cure non avesse adeguatamente motivato la propria decisione, appiattendosi sulle difese dell’Amministrazione, la quale assumeva la decisione di addivenire alla captivazione permanente dell’esemplare M57 in radicale difetto di presupposto e senza aver dapprima dimostrato la non praticabilità di altre alternative, pur espressamente previste dal PACOBACE[2]. Veniva fatto riferimento alle circostanze di fatto che avevano condotto alla cattura dell’animale ed in particolare al difetto di istruttoria riguardo al presupposto principale, vale a dire l’elemento dell’aggressione che l’orso avrebbe posto in essere, senza essere provocato[3], nonché il conseguente difetto di motivazione sul punto. Dalle risultanze procedurali non figurava originariamente una diretta escussione del soggetto aggredito ed anzi, le uniche dichiarazioni raccolte contenevano una serie di elementi tali da far dubitare della ricostruzione fattuale accolta dal giudice di prime cure.

Si costituivano in giudizio il Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (ora Ministero della Transizione Ecologica[4]) e la Provincia Autonoma di Trento, che proponeva appello incidentale, pur impugnando curiosamente una statuizione del tutto favorevole, al solo fine di contestare il percorso motivazionale della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che l’esercizio del potere in deroga all’*iter* ordinario, attribuito dall’art. 52 comma 2 d.P.R. n. 670/1972, presupponesse il duplice requisito dell’aggressione da parte dell’orso senza essere provocato e del suo mancato allontanamento successivo all’aggressione medesima.

2. Orientamenti in materia del CdS e precedenti della Sezione Terza: la sentenza n. 571/2021

La questione, non nuova al Consiglio di Stato[5], è stata affrontata più volte, da ultimo con una esaustiva pronuncia[6], cui la stessa sentenza in commento rimanda.

Svariate volte il Collegio richiama, anche nell'ottica dell'esigenza di sinteticità ex art. 3 comma 2 d. lgs. 104/2004, la ricostruzione operata in precedenza nella sentenza n. 571/2021, sebbene quest'ultima fosse giunta a conseguenze del tutto opposte al caso in esame affermando la legittimità, in quanto giustificato dal pericolo per l'incolumità di persone, animali e cose, dell'utilizzo, da parte del Presidente della Provincia di Trento, dei poteri di urgenza ex artt. 52 comma 2, d.P.R. n. 670/1972 e 18 comma 2, legge regionale n. 1/1993.

I giudici della Terza Sezione ravvisavano come non potesse ritenersi che la normativa statale applicativa dei principi sovranazionali in materia di tutela delle specie protette (*ursus arctos* e *canis lupus*) escludesse l'applicazione di poteri straordinari che eludano autorizzazioni e pareri degli organi competenti. In altri termini, una volta ammessa dall'art. 1 legge provinciale Trento n. 9/2018 – a determinate condizioni e secondo un procedimento che vede il coinvolgimento di alcune autorità – la possibilità di catturare o, in casi ancor più eccezionali, sopprimere l'orso per prevenire danni gravi[7], non può allora escludersi il ricorso al potere d'urgenza, attraverso l'ordinanza contingibile e urgente, nel caso di un pericolo tale da non consentire il ricorso alla disciplina ordinaria.

Condizione per il prelievo, la cattura e l'uccisione dell'orso o del lupo è, però, che non esista altra soluzione valida e che non si pregiudichi il mantenimento in uno stato di conservazione soddisfacente della popolazione della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale[8]. E, in ragione della natura emergenziale del provvedimento, volto a prevenire gravi pericoli che minaccino l'incolumità dei cittadini, implicito è che ogni determinazione amministrativa da assumere in tale materia richieda a monte il rigoroso svolgimento di una compiuta e mirata istruttoria volta a riscontrare l'effettiva sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza cui si correla una situazione di effettivo e concreto pericolo per l'integrità dei beni tutelati. Imprescindibile è allora un'indagine che dia adeguatamente conto della situazione fattuale tale da dimostrare l'impossibilità di fronteggiare l'urgenza con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva.

Nel caso di specie il Collegio aveva ritenuto soddisfatti tutti i requisiti di cui sopra e, per l'effetto, sussistenti i presupposti per l'esercizio del potere contingibile e urgente. L'eccezionalità dello strumento utilizzato – in luogo dello strumento normativo ordinario che impone il preventivo parere favorevole del Ministero dell'Ambiente – lungi dal poter essere adoperato in via generale, è giustificata dal fatto che nel caso di specie lo stesso Ispra non aveva negato la "problematicità" dell'esemplare né la possibilità, tra le altre, della soluzione della cattura ed in aggiunta nessun atto era stato adottato al riguardo a livello ministeriale, sopraggiungendo ormai la stagione estiva nella quale maggiore si fa il rischio di "incontri indesiderati".

Quanto poi al piano della discrezionalità e del relativo sindacato del giudice, la Terza Sezione ha chiarito che la valutazione in ordine alla pericolosità degli episodi di cui si era reso protagonista il plantigrado ha carattere prettamente discrezionale; ne consegue che il sindacato giurisdizionale trova applicazione solo relativamente ai casi di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti[9], mentre al sindacato del giudice amministrativo deve rimanere estraneo l'accertamento della gravità degli episodi posti a base delle ordinanze[10].

3. La soluzione della Sezione Terza: la sentenza n. 7366/2021

La Sezione Terza, pronunciata il 3 novembre 2021 con sentenza n. 7366, dichiarata l'inammissibilità dell'appello incidentale^[11], ha poi esaustivamente, salvo il rimando al proprio precedente sopra menzionato, esaminato i motivi dell'appello principale, ravvisandone la fondatezza.

Sotto un primo profilo, le appellanti lamentavano l'*error in iudicando*, il difetto di istruttoria e motivazione sotto plurimi profili, nonché la violazione di diverse disposizioni di legge, comprese la mancata acquisizione del parere dell'Ispra e la violazione del PACOBACE del luglio 2015.

Il Collegio riconosceva il difetto di istruttoria viziante il provvedimento impugnato e riguardante proprio il principale elemento dell'aggressione da parte del plantigrado, e ne deduceva il conseguente difetto di motivazione.

Dalle risultanze procedurali, infatti, afferma la Terza Sezione, non emergeva vi fosse stata una diretta escussione del soggetto aggredito, risultando invece solo le dichiarazioni rese da un altro soggetto – peraltro in contrasto con quanto accertato dalla sentenza di primo grado e con quanto dichiarato solo successivamente dal soggetto aggredito – e non potendosi ritenere completa un'istruttoria che prescindeva in un primo momento da dichiarazioni^[12] che, si legge nella sentenza del Tar Trento, sarebbero poi state formalizzate solo in data successiva.

Sotto questo profilo, la pronuncia del Consiglio di Stato affronta il cruciale aspetto della piattaforma istruttoria che deve sorreggere la decisione del giudice amministrativo e, prima ancora, l'esercizio del potere. Afferma il Collegio che *“la piattaforma istruttoria su cui poggia il provvedimento impugnato in primo grado è, alla stregua del principio tempus regit actum, quella che ha cristallizzato lo stato di fatto al momento della sua adozione (e che ha dunque giustificato l'esercizio del potere)”*^[13]. Ne consegue che la successiva escussione del teste principale non può sorreggere *ex post* una fase decisionale carente in punto di attenta ricognizione dei presupposti fattuali legittimanti l'esercizio del potere.

In quest'ottica, fuorviante è l'affermazione, ripetuta dai giudici amministrativi trentini, dei limiti del sindacato giurisdizionale dei provvedimenti normativi in materia, in quanto disvela, invece, un errore prospettico risultante dalla sovrapposizione di due piani diversi, sia dal punto di vista concettuale, che delle censure di cui sono stati oggetto: quello della sussistenza dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti da una parte; quello dell'ampiezza del potere discrezionale dell'amministrazione nell'adozione degli stessi (una volta accertata la sussistenza dei relativi presupposti) dall'altra.

Sotto il profilo logico e cronologico, non si può prescindere allora dal previo accertamento del dato fattuale. Ed è evidente che la qualificazione giuridica del fatto accertato, successiva all'accertamento che ne è propedeutico, nonché condizionante poi il successivo esercizio del potere, presuppone una corretta ricostruzione delle risultanze probatorie acquisite al procedimento, la cui coerenza e completezza può senz'altro costituire oggetto di sindacato giurisdizionale, perlomeno sotto il profilo – rilevante nel caso in esame – dell'applicazione

dei canoni dell'inferenza logica. Diverso è invece il piano del sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere discrezionale.

Nel caso di specie, i dati istruttori acquisiti prima dell'adozione del provvedimento impugnato in primo grado evidenziavano notevoli *deficit* sul piano istruttorio e motivazionale tali da integrare un vizio invalidante autosufficiente a determinare la caducazione del provvedimento, che viene infatti annullato in sede di appello. Invero, laddove il provvedimento amministrativo sia censurato relativamente alla discrasia tra l'istruttoria procedimentale e la decisione provvedimentale – nel senso che una cattiva istruttoria ha viziato l'adozione del provvedimento, reso in assenza dei presupposti richiesti – ciò “è condizione necessaria e sufficiente per disporre l'annullamento nella sede giurisdizionale in cui tale contrasto sia dedotto; potendo al più l'amministrazione, in sede di riedizione del potere, una volta assegnato – in virtù dell'effetto conformativo del giudicato – l'esatto significato al compendio istruttorio acquisito agli atti, valutare la sussistenza dei presupposti per l'adozione di eventuali, ulteriori tipologie provvedimentali”^[14].

La Terza Sezione ha allora riformato la sentenza gravata e annullato il provvedimento impugnato ritenendo la carenza sul piano istruttorio e motivazionale un vizio da solo idoneo a caducare il provvedimento. Tale motivo è stato ritenuto assorbente di altri comunque fondati, come l'assenza del parere dell'Ispra, ulteriore elemento a conferma del deficit istruttorio che affligge il provvedimento impugnato.

4. L'esercizio del potere contingibile e urgente

Fulcro della questione affrontata dal Consiglio di Stato è il potere di ordinanza contingibile e urgente di cui all'art. 52 comma 2 del d. P.R. 670/1972. La già citata sentenza n. 571/2021 fornisce un esaustivo inquadramento normativo della disciplina avente ad oggetto l'esercizio del potere da parte del Presidente della Provincia, su cui è opportuno soffermarsi.

Il potere di ordinanza *extra ordinem*, che ha come caratteristica quella di essere prevista dal legislatore solo riguardo all'attribuzione del potere, restando libera^[15] nei contenuti – potendo anche derogare alle norme vigenti, purchè venga comunque garantito il rispetto dei principi generali dell'ordinamento – non comporta, laddove usato nella sua declinazione derogatoria, una vera e propria abrogazione, ma solo una deroga temporanea alle fonti primarie in ossequio all'implicito principio della limitatezza dello *spatium temporis* della loro applicazione.

Le fonti del diritto emergenziale, infatti, “non si limitano a sospendere per un periodo di tempo determinato l'efficacia di una o più norme anteriori, ma – per quel periodo di tempo – disciplinano certe fattispecie in modo diverso da quelle; eppure non producono i medesimi effetti della deroga in senso proprio, che, caratterizzata dalla definitività, non è altro che una forma di abrogazione parziale”^[16].

La Costituzione non detta una disciplina esplicita sul punto^[17], non prevedendo un diritto speciale dell'emergenza; prevede, tuttavia dei controlimiti, emergenti *in primis* dall'art. 2 quanto alla dignità umana, imponendo che ogni sacrificio sia proporzionato alla necessità e urgenza.

Dunque, necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità. Questi i criteri volti ad assicurare una tutela sistemica della carta costituzionale.

Le ordinanze libere sono provvedimenti irrinunciabili in uno stato di diritto, in quanto devolvono taluni aspetti che il legislatore non può toccare in profondità al giudizio discrezionale della p.a.; la loro impossibilità nell'essere definite a monte in tutti i loro aspetti è strutturale, in quanto regolano situazioni emergenziali eccezionali, per definizione non predeterminabili. Sono ammesse in quanto riguardanti settori in cui il principio di legalità, nella sua astrattezza e generalità, non può predeterminare gli infiniti casi in cui la p.a. deve intervenire con urgenza; ma non per questo si può prescindere dal rispetto del principio generale.

Per quanto attiene all'esercizio del potere di ordinanza contingibile e urgente nello specifico ambito ambientale, dal quadro normativo a livello sovranazionale emerge come possano essere autorizzate delle deroghe ai divieti di uccisione delle specie protette, qualora queste siano necessarie al fine della salvaguardia di altri interessi, e che il loro bilanciamento compete alle autorità nazionali, nel rispetto delle condizioni e dei limiti derivanti dai vincoli europei e internazionali.

La direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992 all'art. 16 prevede, infatti, che: *“a condizione che non esista un'altra soluzione valida e che la deroga non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale, gli Stati membri possono derogare alle disposizioni previste dagli articoli 12, 13, 14 e 15, lettere a) e b): a) per proteggere la fauna e la flora selvatiche e conservare gli habitat naturali; b) per prevenire gravi danni, segnatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico e alle acque e ad altre forme di proprietà; c) nell'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, e motivi tali da comportare conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente”*. Inoltre, la Convenzione relativa alla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale in Europa, adottata a Berna il 19 settembre 1979, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 5 agosto 1981, n. 503, all'art. 6 prescrive che ogni parte contraente adotterà leggi e regolamenti per la salvaguardia delle specie di fauna selvatica specificamente elencate nell'allegato II, per le quali è vietata ogni forma di cattura e uccisione intenzionale.

Tra le specie protette rientrano gli orsi (e il lupo). Degli esemplari di tali specie il successivo art. 9 della Convenzione di Berna consente l'abbattimento *“per prevenire importanti danni a colture, bestiame, zone boschive, riserve di pesca, acque e altre forme di proprietà”*, nonché *“nell'interesse della salute e della sicurezza pubblica [...]”*.

Nell'ordinamento interno, anche prima dell'adozione della “Direttiva habitat” 92/43/CEE e del suo regolamento di attuazione^[18], era stata introdotta la disciplina di tutela delle specie protette e del prelievo venatorio con la l. 11 febbraio 1992, n. 157 (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio), che all'art. 1 annovera la fauna selvatica nel patrimonio indisponibile dello Stato e, all'art. 2, per alcune specie, tra le quali l'orso e il lupo, prevede un particolare regime di protezione, anche sotto il profilo sanzionatorio.

Ma, nella prospettiva di un bilanciamento della protezione di tali specie con le esigenze di tutela del suolo, del patrimonio zootecnico e delle produzioni agricole, l'art. 19 della stessa l.

157/1992 demanda proprio alle Regioni il controllo della fauna selvatica, ivi comprese le specie dell'orso e del lupo (anche nelle zone vietate alla caccia), da esercitare selettivamente, mediante l'utilizzo di metodi ecologici e su parere dell'ex Istituto nazionale per la fauna selvatica (Infs), poi confluito nell'Ispra, fino a consentire l'abbattimento di tale fauna quando i metodi ecologici si rivelino inefficaci.

Le attività poste in essere nell'ambito dei piani di abbattimento regionali costituiscono legittimo esercizio di un potere previsto dalla stessa l. 157/1992 e non possono, pertanto, integrare la condotta sanzionata dal successivo art. 30, rientrando nella cornice autorizzatoria del citato art. 19.

Alla descritta disciplina statale di tutela delle specie protette si sovrappone il regolamento attuativo della "Direttiva habitat", di cui al d.P.R. n. 357/1997; tale normativa prevede una protezione rigorosa anche per l'orso e il lupo e attribuisce il potere di autorizzare la deroga al divieto di cattura o uccisione delle specie protette al solo Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentiti per quanto di competenza il Ministro per le politiche agricole e l'Ispra *"a condizione che non esista un'altra soluzione valida e che la deroga non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella sua area di distribuzione naturale [...]"*[19].

Lo stesso d.P.R., all'art. 1, comma 4, attribuisce alle Regioni a Statuto speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano la competenza a dare attuazione agli obiettivi del regolamento, *"nel rispetto di quanto previsto dai rispettivi statuti e dalle relative norme di attuazione"*.

Va anche rilevato che il comma 1 dell'articolo unico, l. prov. 11 luglio 2018, n. 9 ha attribuito al Presidente della Provincia di Trento (e di quella di Bolzano) la competenza ad autorizzare il prelievo, la cattura e l'uccisione dell'orso (e del lupo), purché ciò avvenga a specifiche condizioni, ovvero al dichiarato fine di dare attuazione alla normativa comunitaria in materia di conservazione degli habitat naturali e seminaturali e per proteggere la fauna e la flora selvatiche caratteristiche dell'alpicoltura e conservare i relativi habitat naturali, prevenire danni gravi, specificatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico, alle acque ed alla proprietà, nell'interesse della sanità e della sicurezza pubblica. In tali casi, il Presidente della Provincia di Trento può autorizzare la cattura e l'uccisione dei soli esemplari delle specie protette (*ursus arctos* e *canis lupus*), previo parere dell'Ispra e sempre che non sussistano altre soluzioni valide e non venga messa a rischio la conservazione della specie.

Dunque, la disciplina sopra menzionata, autorizza una serie di azioni, la cui intensità è graduata dalla già menzionata tabella PACOBACE, in ragione dell'accertamento di taluni presupposti fattuali che giustificano la cattura di esemplari protetti.

Fondamentale, come chiarito dal Consiglio di Stato, è distinguere i limiti del sindacato giurisdizionale in relazione ai diversi aspetti della sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere e dell'ampiezza del potere discrezionale della p.a. (una volta però che sia stata accertata la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere stesso).

Nel caso in esame, invece, il primo giudice ha ritenuto di supplire alla carenza del provvedimento amministrativo, contenente una giustificazione fattuale dei poteri esercitati contrastante con la base istruttoria acquisita al relativo procedimento, proponendo una giustificazione diversa, ma comunque equipollente sul piano degli effetti, di modo da

affermarne comunque la non annullabilità. Tuttavia, se il giudice può discostarsi dal *nomen iuris* offerto dall'amministrazione, qualificando diversamente il fatto sul piano giuridico, non può però superare la censura del difetto di istruttoria, ritenendo che i presupposti fattuali siano comunque idonei a supportare un provvedimento amministrativo diverso, anche sul piano motivazionale, da quello in concreto adottato.

Ebbene, nel caso di specie, veniva superata la censura del difetto di istruttoria proprio riguardo a provvedimenti, quali le ordinanze *extra ordinem*, atipici nel contenuto, ma che, a maggior ragione, devono essere adeguatamente sorretti su un piano motivazionale^[20]. Tanto più se aventi ad oggetto atti di disposizione di specie protette, la cui esperibilità deve necessariamente essere il frutto di un bilanciamento volto ad incidere il meno possibile sull'equilibrio della fauna e flora selvatica.

Condizione per il prelievo, la cattura o l'uccisione dell'orso (e del lupo) è, dunque, che non esista un'altra soluzione valida – e questo non poteva che emergere da un'adeguata fase istruttoria e conseguente giustificazione sul piano motivazionale, assenti nel caso di specie – e che non si pregiudichi il mantenimento in uno stato di conservazione soddisfacente della popolazione della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale. Inoltre, anche laddove la captivazione permanente risulti l'unica soluzione possibile, in ogni caso il Presidente della Provincia non può essere esonerato dall'assicurare all'esemplare posto in captivazione un *habitat* il più possibile vicino a quello naturale, per non costringere tale esemplare a vivere in uno stato di abbruttimento che, oltre a sostanzarsi in forme di maltrattamento, finisce per rendere ancora più aggressivo il plantigrado^[21]. Dunque c'è sì un'attenzione alle condizioni dell'orso, ma anche questa attenzione è strumentale ad un tornaconto umano, vale a dire evitare il rischio di rendere l'orso eccessivamente pericoloso ed aggressivo.

Proprio quest'ultimo aspetto stimola un'ulteriore riflessione in tema di rapporto tra natura e diritto^[22] e, in particolare, sulla tradizionale costruzione del diritto in chiave fortemente antropocentrica^[23], che si sostanzia in una visione *estrattiva*^[24] e per l'effetto inevitabilmente anche distruttiva dell'uomo che, di fatto, assume un ruolo totalmente egemone determinando, con il proprio intervento, un dominio incontrollato e dalle conseguenze infauste sulla natura.

5. Il rischio di abuso degli strumenti del c.d. diritto amministrativo dell'emergenza: tensione con il principio di legalità

Una volta affrontata la disciplina del potere di ordinanza contingibile e urgente, è opportuno muovere qualche osservazione sul rischio, già paventato, del suo abuso e conseguente frizione con il centrale principio di legalità.

Una delle censure mosse dalle appellanti, nonché già evidenziate dal Consiglio di Stato con la citata ordinanza cautelare n. 329/2021, aveva ad oggetto la mancanza del parere Ispra. A tal proposito è interessante la conclusione della sentenza gravata che, in argomento, ha ritenuto non condivisibile neppure l'ulteriore rilievo formulato dal Consiglio di Stato con l'ordinanza cautelare n. 329 del 2021, secondo il quale il provvedimento impugnato sarebbe comunque illegittimo in quanto adottato in assenza della necessaria valutazione dell'Ispra; e

ciò in ragione di una lettura del potere contingibile e urgente che appare poco rispettosa del principio di legalità.

Il Tar Trento ha, infatti, concluso nel senso che *“avendo il Presidente della Provincia agito nell'esercizio del potere in deroga attribuitogli dall'art. 52 comma 2 del d.P.R. n. 670/1972, non possano essere accolte né la censura incentrata sulla mancata acquisizione del parere preventivo dell'Ispra, né tantomeno la censura incentrata sul fatto che il presidente della provincia non abbia provveduto ad informare immediatamente l'Ispra e il Ministero dell'Ambiente del provvedimento adottato”*. D'altronde, già la difesa della Provincia aveva affermato la non necessarietà del parere Ispra sul presupposto della natura *extra ordinem* del potere esercitato, in ragione del fatto che l'ordinanza contingibile e urgente sarebbe *“destinata a disciplinare transitoriamente situazioni non tipizzabili per le quali il legislatore non può configurare ‘a monte’ poteri di intervento tipici”*[25].

Ebbene, tale lettura non sembra valorizzare a sufficienza l'importanza che il principio di legalità deve incarnare nell'ordinamento.

La Terza Sezione, in maniera categorica ha infatti ribadito, mediante il richiamo a quanto affermato dalla Corte Costituzionale già con sentenza n. 127/1995, la sussistenza di una relazione tra proporzionalità e tipicità, nel senso che l'assenza di tipicità deve essere compensata e bilanciata dal rapporto di proporzionalità esistente fra intensità dell'esigenza emergenziale e il contenuto dispositivo della misura provvedimento. Il potere straordinario, infatti, proprio in quanto potere amministrativo, deve soggiacere ai limiti di questo, tra cui il principio di proporzionalità.

D'altronde, si registrerebbe altrimenti una frizione anche con il principio di legalità, configurando la possibilità del rischio di abuso degli strumenti del diritto amministrativo dell'emergenza; la straordinarietà, infatti, può predicarsi al più per provvedimenti ad effetto transitorio, laddove la captivazione permanente – nel caso di specie disposta in deroga ai necessari adempimenti procedurali – è una misura logicamente incompatibile con un orizzonte temporalmente limitato.

A fronte, dunque, dell'esercizio del potere contingibile e urgente, che si pone al limite del principio di legalità per sua stessa natura[26], il rispetto del principio medesimo si garantisce anche mediante una stringente istruttoria in punto di fatto, nonché valorizzando la motivazione (e la sua non integrabilità postuma), la cui mancanza, per l'appunto, è il fulcro dell'argomentazione delle ricorrenti[27].

[1] L'articolo 52 d.P.R. n. 670/1972, in particolare, al secondo comma prevede che il Presidente della Provincia *“adotta i provvedimenti contingibili ed urgenti in materia di sicurezza e di igiene pubblica nell'interesse delle popolazioni di due o più comuni”*.

L'art. 18 legge regionale n. 1/1993, invece, disciplina i provvedimenti contingibili e urgenti del sindaco, prevedendo che *“il sindaco adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, i provvedimenti contingibili ed urgenti in materia di sanità ed igiene, edilizia e polizia locale al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minaccino l'incolumità dei cittadini; per l'esecuzione dei relativi ordini, può richiedere al questore, ove occorra, l'assistenza della forza pubblica”*.

[2] Piano d'Azione interregionale per la conservazione dell'Orso bruno sulle Alpi centro-orientali (denominato PACOBACE), adottato dalle Amministrazioni territoriali coinvolte e approvato con Decreto direttoriale n. 1810 del 5

novembre 2008. Rappresenta il documento di riferimento per la gestione dell'Orso bruno (*ursus arctos*) per le Regioni e le Province autonome delle Alpi centro-orientali, costituendo il primo esempio in Italia di Piano d'Azione concertato e formalmente approvato dagli Enti territoriali coinvolti.

Alla luce del notevole incremento demografico della popolazione dell'orso, con conseguente aumento delle situazioni problematiche, le amministrazioni hanno concordato con l'allora Ministero dell'Ambiente e Ispra (Istituto Superiore per la Protezione e Ricerca Ambientale) una modifica del capitolo 3 del Piano d'Azione, che definisce l'"orso problematico" in maniera più precisa, prevedendo, nell'ambito della definizione del grado di problematicità dei possibili comportamenti di un orso e relative azioni possibili (Tabella 3.1), una serie di azioni particolarmente problematiche, per le quali può essere consentita l'attivazione di azioni energetiche, comprese la cattura per captivazione permanente e l'abbattimento. Ferme restando tutte le azioni di dissuasione che dovranno essere poste in essere secondo la normativa vigente, viene mantenuta invariata l'obbligatorietà della richiesta di autorizzazione al Ministero per ogni intervento di rimozione.

Tale modifica, formalmente approvata dalle Amministrazioni coinvolte, è stata resa esecutiva con Decreto Direttoriale Prot. 0015137 PNM del 30 luglio 2015.

[3] Comportamento questo collocato al punto 18 della Tabella 3.1, con conseguente previsione delle c.d. azioni di controllo energetiche, integranti gli interventi di: cattura con rilascio allo scopo di spostamento e/o radiomarcaggio; cattura per captivazione permanente; abbattimento.

[4] Si leggano i futuri riferimenti al Ministero dell'Ambiente in ragione della sua denominazione all'epoca dei fatti.

[5] Per alcuni precedenti contributi pubblicati sul tema si rinvia a D. Russo, *La (difficile?) convivenza dell'uomo con l'orso. Osservazioni sull'ordinanza del T.A.R. Trento, Sez. Un. 31 luglio 2020*, in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, 2020, 5; Id. *Sicurezza pubblica e benessere animale. Osservazioni sull'ordinanza del Consiglio di Stato n. 7065/2020*, in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, 2021, 1.

Osservazioni sull'ordinanza del Consiglio di Stato n. 7065/2020, *ivi*, 2021,

[6] Consiglio di Stato, Sezione Terza, 19 gennaio 2021, n. 571.

[7] Specificatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico e ad altre forme di proprietà, per garantire l'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica (Corte Cost. 27 settembre 2019, n. 215).

[8] Cons. Stato, Sez. Terza, n. 571/2021 p. 13.

[9] Si tratta infatti di una valutazione espressione di ampia discrezionalità che, per giurisprudenza consolidata e costante, può essere assoggettata al sindacato del giudice amministrativo solo sotto il profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati.

[10] Appello, quest'ultimo, che riveste un'importanza cruciale nella motivazione della pronuncia in esame.

[11] La pronuncia di inammissibilità dell'appello incidentale, proposto dalla Provincia, si giustifica in ragione del difetto del requisito della soccombenza. La Provincia di Trento, infatti, contestava la sentenza nella parte in cui l'esercizio del potere di ordinanza veniva subordinato ad un *quid pluris* rispetto all'atto di aggredire senza essere provocato – atto in ogni caso ritenuto sussistente nel caso di specie – ammettendo così di impugnare una "*statuizione, pur favorevole alle ragioni della Provincia nella parte in cui afferma il legittimo ricorso al potere di ordinanza*". Veniva, dunque, contestato il percorso motivatorio del Tribunale, pur difettando nel caso di specie l'imprescindibile requisito della soccombenza. Sul punto, si legga, *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. Terza, n. 2827/2016: "*l'appello incidentale può essere validamente rivolto avverso un capo di decisione rispetto al quale sia configurabile una soccombenza, mentre non può in alcun modo essere proposto nei confronti di una locuzione della motivazione che non si è, tuttavia, tradotta in una decisione sfavorevole per la parte che la contesta con l'impugnazione incidentale, non essendo configurabile, in tale ultima fattispecie, alcun interesse processualmente rilevante alla sua correzione nel giudizio di secondo grado*".

[12] Quali quelle del soggetto aggredito, formalizzate solo in data 4 settembre 2020 e contrastanti con quanto dichiarato invece, nell'immediatezza del fatto, da altro soggetto presente al momento dell'aggressione.

[13] Cons. Stato, Sez. Terza, n. 7366/2021, p. 7.

[14] Cons. Stato, *ibidem*, p. 9.

[15] Per questa ragione anche dette “ordinanze libere”.

[16] Sul punto, per una trattazione tuttavia incentrata sul potere contingibile e urgente in relazione all'emergenza pandemica, P. Sorrentino, *Emergenza, salute pubblica e Costituzione*, in G. Chiesi-M. Santise, *Diritto e Covid-19*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 439.

[17] Diversamente dalle Costituzioni francese, spagnola e ungherese, quella italiana si limita a prevedere la decretazione d'urgenza (decreti legge, art. 77 Cost.), lo Stato di guerra (art. 78) ed il potere sostitutivo dello Stato ai sensi dell'art. 120 comma 2 Cost.

[18] D.P.R. n. 357 del 1997.

[19] Art 11 comma 1, d.P.R. n. 357/1997.

[20] In più, si legge nella sentenza in commento, che il parere Ispra – dalla cui acquisizione il Presidente della Provincia e lo stesso tar Trento avevano ritenuto di poter prescindere – ha natura assolutamente necessaria e infungibile, anche alla luce del bilanciamento tra diversi interessi in gioco.

[21] Così affermato da Cons. Stato, Sez. Terza, n. 571/2021.

[22] Si legga al riguardo P.L. Portaluri, *Lupus lupus non homo. Diritto umano per l'etnos degli "animali"?*, in *Il diritto dell'economia*, anno 4 n. 97 (3 2018), pp. 658-774 per il tema dell'estensione della soggettività giuridica, e della relativa azionabilità dei diritti, alle creature non umane. Il contributo, oltre a ricostruire il tema dal punto di vista diacronico e su diversi piani di complessità, offre un'interessante riflessione (mediante il richiamo a P. Singer, *Animal liberation*, 1975, ed. it. *Liberazione Animale*, Milano, 2003) sull'intrinseco legame tra specismo, razzismo e sessismo, imponendo così una considerazione sull'imprevedibilità di un approccio intersezionale per il perseguimento di un'uguaglianza effettiva.

Si legga anche G. Demuro, *I diritti della Natura*, in *Federalismi.it*, editoriale, 23 febbraio 2022.

[23] Sul punto si richiama ancora, per un'esauritiva trattazione in chiave critica, P.L. Portaluri, *Lupus lupus non homo.*, op. cit. e P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, capitolo sesto per una proposta di superamento radicale del diritto soggettivo tradizionale mediante un'apertura alla “nuova situazione spiccatamente transizionale dei diritti trans-soggettivi”, i quali “né si terminano in un oggetto, né si esauriscono in un soggetto, piuttosto li attraversano per propagarsi altrove, senza mai soffermarsi su un titolare. Sono diritti senza padrone” (P. Femia, *Transsubjektive (Gegen)Rechte, oder die Notwendigkeit die Wolken in einen Sack zu fangen*, in A. Fischer-Lescano, H. Franzki, J. Horst (per cura di), *Gegenrechte. Rechte jenseits des Subjekts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 351).

[24] Cfr. F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza politica, beni comuni*, Sansepolcro, 2017.

[25] Come si legge a p. 7 della memoria di replica della Provincia Autonoma di Trento.

[26] Nonché con i principi di tipicità e nominatività. Tale potere si concreta, come detto, infatti, in provvedimenti, quali le ordinanze *extra ordinem*, previste dal legislatore quanto all'attribuzione del potere, e dunque nominate, ma libere nei contenuti e comunque subordinate al rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

[27] Detto altrimenti, il potere di ordinanza “presuppone situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere accertata attraverso un'adeguata istruttoria e suffragata da congrua motivazione, poiché solo in ragione di tali situazioni si può giustificare la deviazione dal principio di legalità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla normativa vigente, stante la configurazione residuale, a chiusura del sistema, di tali tipologie di provvedimenti” (T.A.R. Trento 16 aprile 2021, n. 56, Camera di consiglio del 25 marzo 2021).

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2378 – 23 giugno 2022

Modelli di accesso e garanzie di trasparenza (nota a Consiglio di Giustizia per la Regione Siciliana, 1 febbraio 2022, n. 154)

di Fabiola Cimbali

Sommario: 1. Premessa - 2.1. Trasparenza e forme di accesso - 2.2. Tipologie di accesso ed “intensità” della pretesa conoscitiva - 3. Diritto di accesso e qualificazione della funzione pubblica - 4. Tratti identificativi del modello di accesso “documentale” - 5. Diritto di accesso, funzione pubblica e giurisdizione amministrativa - 6. Brevi considerazioni conclusive.

1. Premessa

La vicenda giuridica sulla quale si innesta la pronuncia del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana trae origine dal rigetto di alcune istanze di accesso concernenti specifici documenti detenuti dalla Commissione parlamentare d’inchiesta e vigilanza sul fenomeno della mafia e della corruzione in Sicilia istituita presso l’Assemblea Regionale dell’Isola ad opera della l.r. Sicilia 14 gennaio 1991, n. 4.

La fattispecie oggetto di sindacato giurisdizionale ha sullo sfondo il saldo legame tra trasparenza ed accesso, profondamente rimodulato per effetto della rivisitazione concettuale di entrambi i “termini” della relazione.

Com’è noto, si deve alla legge 7 agosto 1990, n. 241 il netto superamento della “regola del segreto” cui la pubblica amministrazione, fino a quel momento, aveva conformato il suo operato, posta a baluardo delle burocrazie concepite quali titolari di specifiche competenze tecniche e, perciò, ritenute custodi in via esclusiva dell’interesse pubblico.^[1]

Rivoluzionando tale rigida impostazione, l'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo ha imposto alla pubblica amministrazione il rispetto dei principi di pubblicità e di trasparenza, quali criteri generali dell'azione amministrativa, che si inverano anche nell'esercizio del diritto di accesso[2].

Tuttavia, in ragione delle trasformazioni che, specialmente a partire dall'art. 1, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, hanno interessato il principio di trasparenza, l'inquadramento del diritto di accesso, che ne è diretta proiezione, pur rinvenendo nella disciplina del 1990 una fondamentale e solida base di riferimento, non può certamente essere sganciato dall'impianto normativo delineatosi in virtù di successivi interventi normativi[3].

L'acquisizione di una piena consapevolezza dei profili definitori delle differenti forme di accesso presenti nell'attuale scenario giuridico consente, perciò, una concreta percezione del contenuto del principio di trasparenza nel rispetto del quale la pubblica amministrazione è chiamata ad operare e ad articolare la sua struttura organizzativa.

La democratizzazione dell'attività amministrativa, permeando progressivamente il quadro ordinamentale, ha slegato l'accesso da una concezione conflittuale del rapporto fra cittadino e soggetto pubblico e ne ha consolidato una che percepisce la trasparenza in termini di "accessibilità totale" di dati e di documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni.

Il principio di trasparenza può, dunque, essere letto come fine rispetto al quale la pubblicità e il diritto di accesso acquisiscono una posizione strumentale ed, al contempo, come strumento idoneo a scoraggiare la violazione delle regole della concorrenza e la produzione di fenomeni corruttivi[4].

Ciò nondimeno, le ulteriori forme di accesso che si aggiungono a quella regolamentata dalla legge n. 241/1990 non sembrano esaurire il ventaglio di quelle possibili. Il carattere "aperto" dei modelli di accesso è il risvolto della facoltà riconosciuta alle Regioni ed agli Enti locali di "prevedere livelli ulteriori di tutela" in relazione al *genus* disciplinato dalla legge sul procedimento amministrativo, nonché a quello contemplato nelle discipline di settore.[5]

In questa cornice la "soluzione" adottata dal Consiglio di giustizia per la Regione Siciliana consente di apprezzare una declinazione "inedita" del rapporto tra trasparenza ed accesso per via di due distinti fattori condizionanti. Il primo fa leva sulla natura (politica o amministrativa) del potere dal cui esercizio promana il diniego opposto all'istanza di accesso; il secondo, dipende dal "rango" della fonte dalla quale trae origine la norma deputata ad individuare i limiti e le modalità di utilizzo di siffatto istituto.

La correlazione fra trasparenza ed accesso approfondita alla luce delle due proposte prospettive condiziona il radicamento della giurisdizione ed incide sulla tutela delle situazioni giuridiche sottostanti.

2.1. Trasparenza e forme di accesso

Il sostanziale mutamento che ha interessato il principio di trasparenza ha avuto inevitabili ripercussioni sul diritto di accesso che ne è emblematica proiezione, condizionandone anche le modalità di espletamento.

Il principio di trasparenza entra in modo espresso nel tessuto normativo della legge n. 241/90 – che inizialmente annoverava soltanto quello di pubblicità – andando ad aggiungersi ai principi generali dell'azione amministrativa, soltanto con la legge 11 febbraio 2005, n. 15[6].

Il riformulato impianto legislativo, però, ha reso indispensabile una riconsiderazione del fondamento giuridico e della consistenza del diritto di accesso, sino ad allora “agganciato” al principio di pubblicità e lontano dalla qualificazione in termini di strumento per attuare un controllo diffuso da parte dei cittadini sull'*agere* amministrativo.

Il processo volto alla ridefinizione contenutistica del principio di trasparenza è stato successivamente segnato dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale) attraverso il quale, principalmente nell'ottica di garantire «la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale», è divenuta obbligatoria per tutte le pubbliche amministrazioni la predisposizione dei propri siti informatici con l'inserimento di specifici dati ed informazioni.

Soltanto a seguito della legge 4 marzo 2009, n. 15 e del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 il principio di trasparenza può essere letto in termini funzionali ad assicurare l'accessibilità totale dei documenti amministrativi, così da incoraggiare, in aderenza ai principi di buon andamento e di imparzialità, forme diffuse di controllo sull'attività e sui profili organizzativi della pubblica amministrazione. La trasparenza è, dunque, protesa al conseguimento dell'efficienza della pubblica amministrazione e, parimenti, agevola i cittadini nella “decriptazione” dei dati concernenti, da un lato, la *performance* dell'ente, dei funzionari e dei servizi pubblici, dall'altro, di quelli riguardanti i procedimenti e gli assetti organizzativi utilizzati[7].

Lungo questa scia si inserisce, altresì, la legge 6 novembre 2012, n. 190 che, in chiave di prevenzione dei fenomeni corruttivi, rinviene nella trasparenza un fondamentale metodo per scongiurare mediante l'accessibilità totale a dati e documenti detenuti dalle amministrazioni il sopraggiungere di eventi di tal guisa.

In funzione rafforzativa dell'obiettivo della c.d. legge anticorruzione può leggersi, inoltre, il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 mediante il quale il legislatore si è espresso sugli obblighi di pubblicazione attraverso un organico intervento ricognitivo e sistematico delle discipline di settore.

Nella stesura originaria del d.lgs. n. 33/2013 l'accesso civico «si presentava come un semplice corollario del *numerus clausus* di obblighi di pubblicazione tassativamente indicati» ed il suo perimetro di operatività coincideva con quello esattamente da questi ultimi delimitato[8].

Le critiche rivolte a siffatta formulazione normativa, supportate ed integrate da proposte di introduzione nel nostro ordinamento di istituti ispirati al modello del c.d. “Freedom Information Act” (F.O.I.A.) ed in linea con l'ordinamento comunitario[9], hanno posto le

basi per la elaborazione dell'art. 7, comma 1, lett. h), della legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. "legge Madia") in sede di delega al Governo per la modifica del d.lgs. n. 33/2013.

In attuazione di tale criterio direttivo, l'art. 5, comma 2, d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 ha affrancato l'accesso civico dai casi tassativi di obblighi di pubblicazione, attribuendogli una valenza generale. Rispetto a tale tratto si pone a corredo la legittimazione a poter invocare l'accesso riconosciuta in capo a chiunque, nonché la previsione secondo cui ne possano formare oggetto dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni ulteriori rispetto a quelli per i quali è disposta la pubblicazione^[10].

La descritta evoluzione ordinamentale delinea, dunque, distinte tipologie di accesso che operano in base a disposizioni ed a presupposti fondamentalmente diversi.

La pubblica amministrazione, nel valutare se consentire o meno l'accesso, è chiamata ad effettuare un bilanciamento fra eterogenei (e spesso contrapposti) interessi alla luce di parametri che presentano consistenti tratti differenziali nell'accesso (documentale) contemplato dalla l. n. 241 del 1990 ed in quello di tipo generalizzato. Nel primo modello «la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti», nel secondo le esigenze di controllo diffuso del cittadino implicano una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni idonea a consentire una "conoscenza" meno approfondita (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma più estesa^[11].

La platea di soggetti legittimati a poter esercitare il diritto di accesso così come la consistenza del corredo motivazionale posto a supporto dell'istanza mutano a seconda della forma di accesso.

In quella disciplinata dalla legge n. 241/1990 l'accesso deve essere basato su una richiesta adeguatamente motivata e la legittimazione a poterlo esercitare ricade su soggetti titolari di interessi qualificati - diretti, concreti ed attuali - corrispondenti ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento che si vuole conoscere. Nell'accesso civico generalizzato, invece, l'istanza non deve essere supportata da una approfondita motivazione e può essere avanzata da chiunque, indipendentemente dalla sussistenza di una posizione giuridica specifica.

Entrambe le forme, pur rinvenendo nel principio di trasparenza la roccaforte della loro cittadinanza ordinamentale ed implicando una delicata coniugazione fra i temi legati al diritto di prendere visione degli atti - di cui è in possesso l'amministrazione - e quelli correlati alla altrui riservatezza, avallano funzioni dell'accesso non collimanti.

Ciò nondimeno, ad avviso del Consiglio di Stato l'ontologica diversità delle tipologie di accesso non ne esclude il concorso giacché la pretesa ostensiva può essere contestualmente formulata dal privato con riferimento tanto al *genus* documentale quanto a quello civico generalizzato purchè il richiedente non abbia inteso espressamente far valere e limitare il proprio interesse "cognitorio" solo all'uno o all'altro aspetto^[12].

2.2. Tipologie di accesso ed "intensità" della pretesa conoscitiva

L'attuale scenario giuridico propone figure di accesso distintamente concepite, "calibrate" in ragione dei bisogni «riconosciuti e fatti propri dal contenuto di situazioni giuridiche

soggettive differenziate». Nell'accesso documentale, in particolare, l'interesse pubblico alla trasparenza trova protezione allorchè combaci con l'esigenza di tutela di un interesse individuale, risultando conseguentemente condizionato dai limiti di azionabilità della sottostante situazione soggettiva. Diversamente, in quello civico semplice ed in quello generalizzato vengono attuate forme diffuse di controllo sull'espletamento delle funzioni istituzionali e sull'impiego delle risorse pubbliche.

Ciò posto, una riflessione sui tratti distintivi dei suddetti modelli di accesso ha significative implicazioni sulle modalità e sui limiti della protezione dell'interesse alla conoscenza principalmente laddove si consideri – come è stato prospettato – il rischio di una potenziale sovrapposizione dell'oggetto della pretesa nel caso dell'accesso procedimentale ex l. 241/1990 e dell'accesso civico generalizzato^[13].

Sebbene entrambe le tipologie di accesso (documentale da un lato, e civico semplice /generalizzato dall'altro) siano espressione del principio di trasparenza ed abbiano a fondamento una analoga “pretesa cognitiva”, esse si diversificano sul fronte della legittimazione, del corredo motivazionale richiesto a sostegno della richiesta, sulle finalità al cui conseguimento pretendono^[14].

Da altra angolazione, le due figure, tenuto conto della *ratio* sottesa a ciascuna di essa, soggiacciono a differenti limiti. Questi ultimi, con riferimento all'accesso civico, sono articolati secondo una logica lontana da quella propria dell'accesso documentale, che non può essere concepito quale strumento volto a promuovere meccanismi di controllo diffuso sull'operato delle pubbliche amministrazioni. L'interesse individuale alla conoscenza, quindi, può essere adeguatamente soddisfatto nella misura in cui a ciò non ostino ragioni d'interesse pubblico.

L'accesso contemplato nel d.lgs. n. 33 del 2013 è, invece, proteso alla promozione di un metodo di controllo democratico sull'attività amministrativa, così da verificare il reale perseguimento delle funzioni istituzionali e l'effettivo utilizzo delle risorse pubbliche, nonché da promuovere la partecipazione al dibattito pubblico^[15].

La diversificata “intensità” delle forme di accesso è il riflesso di una disciplina che introduce specifiche tecniche di composizione del conflitto dell'interesse protetto alla conoscenza con altri di diversa natura.

Nello specifico, infatti, la potenziale divergenza fra l'interesse alla conoscenza - veicolato attraverso lo strumento dell'accesso civico - ed altri (contrapposti) interessi di tipo pubblico o privato, ne rende indispensabile una attenta ponderazione che l'art. 5 *bis*, d. lgs. n. 33/2013, affida alla pubblica amministrazione, demandandole, allorchè accerti un possibile “pregiudizio”, onde evitare l'effettivo verificarsene, di optare per il diniego della richiesta di accesso.^[16]

Tuttavia, diversamente da quanto avviene per quello civico, l'operatività dei limiti stabiliti per l'accesso documentale può ritenersi eventuale dipendendo, più che dall'esito di una valutazione discrezionale da parte della pubblica amministrazione che ne è destinataria, dall'adozione di un regolamento che ne contempli astrattamente la possibilità.

Il bilanciamento fra opposte esigenze - che è ancora più complesso nei casi in cui l'interesse alla conoscenza si contrapponga a quello posto a presidio della riservatezza - andrebbe effettuato, dunque, con riferimento alla specifica fattispecie e soltanto nel caso dell'accesso civico generalizzato, in prima battuta dall'amministrazione ed, in seconda, dal giudice,.

Al di fuori di questa ipotesi, la composizione del conflitto graverebbe sul legislatore al quale compete l'individuazione dell'interesse prevalente, operazione quest'ultima che spetterebbe alla pubblica amministrazione soltanto in via eccezionale limitatamente ad ipotesi permeate da contrasti con interessi super sensibili^[17].

3. Diritto di accesso e qualificazione della funzione pubblica

Nel caso sottoposto al sindacato giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana la Commissione parlamentare dell'Assemblea Regionale siciliana, pur accordando l'accesso relativo a taluni degli atti richiesti, si opponeva al rilascio sia della documentazione contenente la trascrizione stenografica di audizioni rese in data 11 dicembre 2013 da taluni soggetti, nonché di quelle concernenti attività del Nucleo Ecologico dei Carabinieri (NOE) svolte nella qualità di polizia giudiziaria in quanto (entrambi) coperti da segreto; sia del documento denominato Relazione per la Commissione d'inchiesta quale atto interno destinato esclusivamente a quest'ultimo "organismo".

Contestando tale rifiuto l'istante si rivolgeva al Tar siciliano affinché gli venisse permesso di "conoscere" il contenuto di tutti i documenti richiesti.

Il proposto ricorso giurisdizionale trovava accoglimento e per l'effetto veniva ordinato all'Assemblea Regionale siciliana l'esibizione integrale della relazione resa dall'ex Assessore per l'energia e i servizi di pubblica utilità nel corso dell'audizione pubblica del 22 ottobre 2019, nonché l'esibizione della trascrizione dell'audizione degli Ufficiali dei Carabinieri svolta nella seduta del 3 dicembre 2019 pur con esclusione di quelle parti che, vertendo su indagini in corso, erano coperte da segreto istruttorio.

L'Assemblea Regionale siciliana, soccombente in primo grado, proponeva appello eccependo il difetto assoluto di giurisdizione ed articolando una serie di motivi basati sulla violazione e falsa applicazione degli artt. 22 e 24, legge n. 241/1990, sulla carenza dell'interesse ad agire, nonché sulla violazione di specifiche disposizioni del regolamento interno della Commissione d'inchiesta.

In ordine alla prima censura l'appellante invocava l'insindacabilità dell'attività svolta dalla Commissione parlamentare sulla quale trovava giustificazione il parziale diniego contenuto nel provvedimento impugnato. Su tali premesse si fondava, ad avviso dell'Assemblea Regionale Siciliana, «l'inapplicabilità dell'istituto dell'accesso agli atti di cui alla legge n. 241 del 1990 per gli atti, i documenti e le delibere emesse dal predetto organo assembleare».

In merito al secondo rilievo l'interesse all'accesso veniva contestato in ragione di quanto previsto tanto dal regolamento interno dell'Assemblea Regionale Siciliana, quanto dalle specifiche disposizione contenute nella legge n. 241/1990 (artt. 22 e ss.).

Il terzo motivo di gravame poggiava sulla asserita qualifica di atto interno e, pertanto, riservato della Relazione per la Commissione d'inchiesta a norma di quanto disposto dall'art. 19 del regolamento del predetto "organismo". Ed, infatti, il documento richiesto non sarebbe stato allegato ai sensi dell'art. 21, comma 2 del regolamento interno, né sarebbe stato oggetto di pubblicazione secondo quanto sancito dal comma 1 della medesima disposizione. In ogni caso, ad avviso dell'Assemblea Regionale Siciliana, sul fronte delle audizioni rese in merito all'attività del NOE, non sarebbe ricaduto sulla Commissione un obbligo di trascrizione, rimanendo il "rapporto stenografico" «funzionale ai lavori e non anche alla loro pubblicità».

Alla luce del combinato disposto degli articoli 13 e 21 del regolamento – che ne prevedono rispettivamente le modalità ed i limiti – la pubblicità, infatti, sarebbe assicurata attraverso sommari "inserirti" nel bollettino delle Commissioni.

Ciò tanto più che l'audizione degli ufficiali del NOE avrebbe riguardato circostanze riconducibili all'espletamento di funzioni giudiziarie coperte da segreto istruttorio in quanto oggetto di indagini (non concluse) condotte della Procura della Repubblica agrigentina.

L'appellato, costituitosi in giudizio, contestava le difese formulate dalla controparte, concludeva per il rigetto del proposto gravame, richiama quest'ultima che veniva disattesa dal giudice amministrativo siciliano di secondo grado che, invece, accoglieva il ricorso ritenendo fondata l'impugnazione.

4. Tratti identificativi del modello di accesso "documentale"

L'analisi delle argomentazioni giuridiche sulle quali il giudice amministrativo di appello ha fondato la sua decisione sottolinea l'utilità di soffermarsi sulla forma di accesso in essa considerato tracciandone sinteticamente il relativo perimetro definitorio e la pertinente disciplina.

L'accesso contemplato nella legge n. 241/1990 consente ai soggetti interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi in costanza di un procedimento amministrativo (accesso c.d. endoprocedimentale o "interno" o "partecipativo"), o indipendentemente dall'esistenza di un percorso procedimentale *in fieri* (accesso c.d. esoprocedimentale o "esterno" o "informativo")^[18].

Tale distinzione non influisce sulla qualificazione giuridica dell'accesso, ma sulla legittimazione attiva riconosciuta nel modello *ex art.* 10, legge n. 241/1990 a favore dei soggetti di cui agli art. 7 e 9 dello stesso testo normativo e con riferimento a quello di cui all'art. 22, legge n. 241/1990 in capo a «tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso», prescindendo dalla qualificazione in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo (art. 22, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990) ^[19].

I destinatari dell'istanza di accesso sono i soggetti i quali hanno formato il documento di cui si chiede l'ostensione o che lo detengono stabilmente, non assumendo importanza la loro

natura giuridica (pubblica o privata), ma il carattere (pubblico) dell'interesse sotteso all'attività da essi svolta (art. 25, comma 2, l. n. 241/1990)[20].

Da questa posizione differisce quella dei controinteressati che, individuati o facilmente individuabili alla luce del dato documentale, riscontrano nell'altrui istanza di accesso un potenziale pregiudizio del proprio diritto alla riservatezza atto a fondarne la loro opposizione alla ostensione[21].

La "qualità" di controinteressato nei cui confronti la legge rivolge apposita tutela può evincersi testualmente dal provvedimento o può desumersi dalla titolarità di una qualificata situazione giuridica soggettiva "connessa" al contenuto dell'atto oggetto di accesso[22].

Sul fronte dei limiti, pur di fronte ad una loro espressa elencazione normativa, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di puntualizzare come l'accesso non possa trovare preclusioni legate all'indole giuridica, pubblica o privata, dell'ente che ha emanato il documento o dell'atto di cui si chiede l'ostensione. Occorre, piuttosto, attribuire rilevanza al collegamento diretto fra contenuto del documento, cui si chiede di accedere, ed esercizio di un'attività di pubblico interesse[23].

Tuttavia, accanto ad un gruppo di limiti riconducibili alla segretezza delle informazioni confluite nei documenti, vi è quello ascrivibile alla riservatezza.[24] Per quanto entrambe le categorie di limitazioni siano connesse alla qualità ed alla tipologia di informazioni presenti nel documento amministrativo, a loro volta espressione di interessi meritevoli di tutela, la segretezza è proiettata alla protezione di interessi pubblici o generali, diversamente la riservatezza è protesa alla tutela di interessi privatistici, riconducibili alla sfera personale del singolo.

5. Diritto di accesso, funzione pubblica e giurisdizione amministrativa

La fattispecie di accesso sulla quale è stato chiamato ad esprimersi il Consiglio di giustizia per la Regione Siciliana concerne il modello delineato nella legge n. 241/1990 con quanto ne consegue sul piano della operatività dei limiti che precludono l'accoglimento della relativa istanza.

La vicenda specifica, tuttavia, deve la sua singolarità alla natura giuridica dell'attività svolta dal soggetto che al documento ha dato vita ed alla possibilità che a quest'ultimo offre l'ordinamento, secondo il regolamento che ne disciplina i suoi "meccanismi di funzionamento", di fissare le "modalità di esercizio" del diritto di accesso. Siffatta prerogativa mette in condizione il soggetto che ne è titolare di individuare i casi nei quali sussistono ragioni di segretezza che precludono a terzi di conoscere dati ed informazioni contenuti nei documenti espressione delle funzioni dal medesimo esercitate.

Sul fronte, poi, della giurisdizione, posto che la qualificazione della funzione dal cui svolgimento promanano gli atti rileva quale criterio per individuare il giudice chiamato ad esprimere la sua determinazione, il decidente non ha ritenuto meritevole di accoglimento la proposta eccezione di difetto assoluto di giurisdizione. Specificamente non ha considerato applicabile l'ultima parte del comma 1 dell'art. 7, c.p.a. secondo cui sono sottratti al sindacato

giurisdizionale gli atti che, pur soggettivamente e formalmente amministrativi, hanno una inequivocabile indole politica, in quanto espressione della fondamentale funzione di direzione e di indirizzo politico del Paese[25].

Posto che nel caso di specie il diniego parzialmente opposto all'istanza di accesso agli atti non è ritenuto frutto dell'esercizio del potere politico, ma espressione di attività amministrativa, difettano le condizioni che consentono di escluderne la sottoposizione al sindacato del giudice amministrativo.

Né ad avviso del giudice siciliano di appello, i presupposti per prevenire a conclusioni opposte sarebbero «ritraibili da diverse fonti normative che in qualche modo potrebbero determinare la non assoggettabilità al vaglio giurisdizionale, per escludere la sua sindacabilità dinanzi al giudice amministrativo».

Le riferite conclusioni sono ulteriormente argomentate adducendo l'inconfigurabilità in capo all'Assemblea Regionale Siciliana di poteri di autodichia con la conseguenza che le deroghe rispetto alla giurisdizione comune avrebbero carattere eccezionale e per tale ragione non si presterebbero ad alcuna estensione analogica[26].

È, dunque, saldamente radicata la giurisdizione amministrativa nella controversia proposta avverso il diniego di accesso ai documenti opposto dalla Commissione parlamentare d'inchiesta e vigilanza sul fenomeno della mafia e della corruzione in Sicilia giacché quello amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, è il giudice naturale chiamato ad esprimersi sulla legittimità della funzione pubblica esercitata.

Propendendo per una soluzione diversa la posizione soggettiva rispetto alla quale è chiesta espressa tutela rimarrebbe, senza che sussistano valide e fondate ragioni di ordine giuridico, sprovvista di protezione giurisdizionale.

Espressosi nei suddetti termini sul fronte della giurisdizione, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana procede, poi, a verificare alla luce della normativa vigente la fondatezza del diritto dell'istante di poter accedere agli atti richiesti.

A tale proposito l'autorità giurisdizionale amministrativa di appello formula alcune preliminari considerazioni sulla sfera di autonomia riconosciuta dallo Statuto all'Assemblea Regionale Siciliana.

L'utilità di tali osservazioni si scorge agevolmente allorchè si consideri come lo Statuto della Regione Siciliana, avente peraltro rango costituzionale, attribuisca – secondo quanto disposto dal relativo art. 4 - all'Assemblea Regionale Siciliana una riserva di regolamento, rimettendo alla sua autonomia la facoltà di stabilirne il contenuto.

Tale peculiarità esclude una assimilazione dei suddetti atti normativi ai «comuni regolamenti adottati dagli organi amministrativi delle PP.AA.» pertanto la loro collocazione rispetto alle fonti primarie li inserisce in seno ad un rapporto permeato dal principio di separazione per effetto del quale essi soggiacciono soltanto ai limiti costituzionali e statutari[27].

L'art. 2, comma 2, l.r. Sicilia 14 gennaio 1991, n. 4, in particolare, riserva al regolamento interno sulle modalità di esercizio delle funzioni della Commissione di inchiesta anche la previsione di apposite disposizioni concernenti le forme di pubblicità sia dei lavori, sia degli atti e dei documenti posseduti dalla stessa.

La posizione di prevalenza nel sistema delle fonti di tali disposizioni regolamentari - che hanno visto la luce nella seduta n. 4 del 29 maggio 2018 - rispetto a quelle confluite nella disciplina generale dipende, dunque, dalla specialità della loro indole normativa.

Principalmente per tale motivo esse costituiscono un fondamentale parametro normativo all'insegna del quale verificare la legittimità del diniego all'accesso e, conseguentemente, in base al quale il giudice amministrativo di secondo grado ha ritenuto fondato nel merito l'appello proposto dall'Assemblea Regionale Siciliana.

A norma dell'art. 21 del regolamento interno alla Commissione parlamentare compete all'Ufficio di Presidenza l'individuazione degli atti e dei documenti che possono essere pubblicati sia nel corso dei lavori della stessa, sia in allegato alle relazioni esitate a chiusura delle singole inchieste o indagini.

Ciò nella misura in cui la legge istitutiva della Commissione ed il regolamento interno di quest'ultima non prevedano limiti che ne inibiscano la pubblicazione per ragioni di segretezza.

In ogni caso, secondo quanto previsto dall'art. 13, comma 1, e fermi restando i limiti di cui all'art. 21 del richiamato regolamento, la pubblicità dell'attività e dei lavori della Commissione è garantita attraverso "l'inserimento" dei relativi sommari nell'apposito Bollettino.

Sul riferito percorso argomentativo si fonda la decisione del Consiglio di giustizia per la Regione Siciliana di accogliere appello e, pertanto, riformata l'impugnata sentenza, di concludere per «l'integrale rigetto del ricorso proposto in primo grado».

Alla luce del ragionamento sviluppato dal giudice, il parziale diniego di accesso disposto dalla Commissione in ragione di quanto prescritto dal regolamento interno della Commissione parlamentare risulta, infatti, privo di vizi che ne possono compromettere la legittimità.

6. Brevi considerazioni conclusive

La legge sul procedimento amministrativo, soprattutto ad esito delle modifiche alla stessa apportate dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, nel qualificare l'accesso alla stregua di principio generale dell'attività amministrativa, per un verso, ne consacra le due anime e, per un altro, ne esalta una sorta di sua "copertura" costituzionale.

Nella prima accezione esso si presenta nella veste di strumento idoneo sia a favorire la partecipazione dei soggetti interessati al procedimento amministrativo, sia ad assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'operato della pubblica amministrazione (art. 22, comma 2, legge n. 241/1990).

Nella seconda articolazione l'istituto afferisce ai «livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, comma 2, lettera m), della Costituzione» (art. 29, comma 2*bis*).

Da questa prospettiva, pertanto, la pronuncia in commento mantiene vivo l'interesse sulla questione concernente la misura entro la quale le Regioni e gli Enti locali possano prevedere deroghe alla disciplina statale che, però, non si sostanzino in preclusioni o complicazioni all'esercizio del diritto di accesso.

A riguardo l'art. 29, comma 2, legge n. 241/1990 ha chiarito che nell'ambito delle rispettive competenze è consentito alle Regioni ed agli Enti locali di regolare le materie disciplinate dalla legge n. 241/1990 nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dallo stesso *corpus* normativo. E' escluso, dunque, che tale prerogativa si risolva nel prevedere «garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai commi 2-bis e 2-ter», mentre per converso nessun ostacolo si riscontra nel sancire “livelli” ulteriori di tutela^[28].

È evidente, dunque, l'importanza di una riflessione sulla collocazione sistematica dell'istituto in esame nell'attuale panorama giuridico, nell'ambito del quale la logica della differenziazione può avere una considerevole incidenza anche sul modo di declinare il rapporto tra trasparenza ed accesso^[29].

La riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione, disegnando un sistema permeato dall'apprezzamento delle realtà territoriali pare avere favorito, anche tramite l'accesso, una maggiore trasparenza dell'operato della pubblica amministrazione incoraggiando la nascita di rapporti più diretti e lineari fra quest'ultima ed il cittadino.

Il diritto di accesso e la tutela della trasparenza intesa come “interesse primario” devono, invero, inevitabilmente passare attraverso una adeguata concezione e delimitazione dell'autonomia regolamentare offerta a riguardo ai soggetti pubblici.

È, pertanto, indispensabile immaginare un sistema istituzionale che sia in grado di coniugare adeguatamente logiche unitarie di garanzia della trasparenza ed esigenze di differenziazione dei modelli di accesso.

Tuttavia la ricerca di un delicato equilibrio fra contrapposte vocazioni è una impresa tanto stimolante quanto complicata soprattutto nei casi in cui le questioni riguardanti le modalità di esercizio e i limiti del diritto di accesso siano affrontate nell'ambito di un contesto ordinamentale – come quello siciliano - che si presenta “inconsueto” anche per via del rango della fonte destinata ad accogliere la disciplina di tale istituto.

L'analisi della pronuncia all'insegna del descritto quadro ordinamentale consente di metterne in risalto un ulteriore profilo di “originalità” riconducibile al “dato” secondo cui l'esclusione dell'accesso non dipende dall'esigenza di proteggere dati ed informazioni per ragioni di riservatezza. La pretesa alla conoscenza, infatti, rinviene insormontabile ostacolo in motivi di interesse pubblico che conformano i contenuti dell'accesso.

Dette peculiarità condizionano l'approccio all'insegna del quale affrontare la questione trattata nella decisione in commento, consentendo di affrancare l'interesse conoscitivo sotteso all'accesso dalla "consueta logica" del contrasto tra trasparenza e riservatezza.

Nella particolare vicenda sottoposta al suo sindacato, il TAR Siciliano, pur escludendo in linea teorica la natura politica della funzione pubblica confluita nell'atto di diniego dell'accesso, nei fatti non si esprime sulla conformazione del diritto di accesso ad opera della fonte regolamentare regionale.

La conseguenza è che la soluzione cui perviene il giudice amministrativo palermitano sembra "sconfessare nei fatti" quanto premesso in via teorica.

Ciò dal momento che l'esclusione in sede giurisdizionale della connotazione politica del diniego non sembra trovare una inequivocabile copertura giuridica nella insindacabilità della conformazione del diritto di accesso operata per effetto della fonte regolamentare.

Tale ultima circostanza finisce, quindi, per mettere in ombra l'indole amministrativa dell'atto di diniego lasciando margini per ipotizzarne una vocazione politica

Quanto osservato, indipendentemente dalla condivisione della scelta adottata in sede giurisdizionale dal TAR Sicilia, è indicativo di come i nuovi confini della trasparenza, la corretta concezione dell'autonomia normativa dei soggetti pubblici, nonché la necessità di garantire momenti unitari nella disciplina esprimano le potenzialità del tema oggetto di riflessione nell'inquadramento della correlazione fra principio di trasparenza e diritto di accesso.

Sul piano della tutela, infine, se, da un lato, la tesi della insindacabilità degli atti espressione del potere politico ed il saldo radicamento nel tessuto processuale del binomio giurisdizione amministrativa/funzione amministrativa trovano ovviamente conferma anche nei casi di controversie in materie di accesso; dall'altro, non arretra la ricorrente esigenza di assicurare effettive forme idonee di protezione allorchè si contesti mediante l'impugnazione di illegittimi provvedimenti di diniego dell'accesso la violazione dei principi di trasparenza e di pubblicità.

L'esaltazione dei "valori giuridici" ascrivibili alla trasparenza, infatti, è un obiettivo prioritario e costante in un contesto come quello attuale in cui la chiarezza e l'intelligibilità dell'operato della pubblica amministrazione è destinato a scoraggiare il proliferare di casi di *maladministration* e di corruzione.

Da questi punti di vista, dunque, l'accesso rappresenta una valida occasione per sperimentare la prospettiva della "differenziazione" adeguatamente valorizzata in sede costituzionale, purchè tale "operazione" non conduca alla elaborazione di modelli che "intacchino i "livelli essenziali" da assicurare a favore di tutti i cittadini e relativamente ai quali l'ordinamento è chiamato a prevedere ed a garantire idonei ed effettivi strumenti di tutela giurisdizionale^[30].

[1] A norma dell'art. 15, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (T.U. delle disposizioni concernenti gli impiegati civili dello Stato), l'accesso agli atti amministrativi era consentito solo in ipotesi tassativamente previste dalla legge.

Sulle argomentazioni utilizzate per limitare, se non addirittura escludere, la conoscibilità degli atti e dell'operato della pubbliche amministrazioni in nome della tutela di interessi privati e di carattere generale F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 743 ss. Sui legami tra regime autarchico e segreto, nonché tra sistema democratico e trasparenza G. Corso, *Potere politico e segreto*, in F. Merloni (a cura), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 268.

[2] Secondo A. Barone, R. Dagostino, *La trasparenza e il diritto di accesso*, in A. Barone (a cura di), *Cittadini, imprese e pubbliche funzioni*, Bari, 2018, 172, «L'accesso ai documenti amministrativi costituisce quindi uno degli snodi essenziali dell'evoluzione in senso (tendenzialmente) pari ordinato dei rapporti fra cittadini e pubbliche amministrazioni».

[3] Il mutamento del principio di trasparenza che ha preso avvio con l'art. 1, d.lgs. n. 150/2009, si è ulteriormente implementato attraverso il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, successivamente modificato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97. Per una analisi dei contenuti del principio di trasparenza che consenta di apprezzarne anche la sua evoluzione concettuale R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 529; G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur., Agg.*, IV, Roma, 1995, R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416; F. Manganaro, *Evoluzione del principio di trasparenza*, in www.astridonline.it, anche in *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012; M. Occhiena, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *I principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012; M.R. Spasiano, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 83; F. Patroni Griffi, *La trasparenza della Pubblica Amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it, 2013; M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.* 2013, 797 ss.; M.C. Cavallaro, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, 2015; S. FOA', *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, 65. Più recentemente ne coglie gli aspetti evolutivi legati al processo di informatizzazione che ha coinvolto la pubblica amministrazione A.G. Orofino, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Bari, 2020.

[4] F. Merloni, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013, 18; F. Manganaro, *Evoluzione del principio di trasparenza*, cit., 3; M. D'Alberti (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016; G.M. Racca, *Corruzione (dir. amm.)*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, 2017, 208.

[5] Emblematico sono i casi degli appalti pubblici, dell'ambiente, degli Enti locali.

[6] Secondo art. 22, comma 2, l. n. 241/1990, così come riformulato dalla l. n. 15/2005 «l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza, ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art 117, secondo comma lett. m), della Costituzione».

[7] D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, 1045.

A riguardo M.C. Cavallaro, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, cit., 127, osserva come «(...) nella riforma del 2009, il legislatore collega l'accessibilità totale delle informazioni della pubblica amministrazione alle modalità di misurazione e valutazione delle *performances* (individuali e collettive) dei dipendenti pubblici, laddove dispone che la piena conoscibilità delle informazioni relative all'organizzazione, all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali è finalizzata a favorire forme diffuse di controllo nel rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità (art. 11 d.lgs. n. 150/2009)».

Su questi profili, R. Perez (a cura di), *Il «Piano Brunetta» e la riforma della pubblica amministrazione*, Rimini, 2010.

[8] Così testualmente A. Barone, R. Dagostino, *La trasparenza e il diritto di accesso*, cit., 200.

[9] L'accesso concepito nei termini suddetti si allinea alla normativa comunitaria (art 15 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) ed, in particolare, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (artt. 41 e 42 della c.d. Carta di Nizza), che lo considera un diritto fondamentale dei cittadini e lo ricollega al diritto a una buona amministrazione.

[10] A. Porporato, *Il "nuovo" accesso civico "generalizzato" introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in www.federalismi.it, 2017.

[11] Cfr. Cons. St., Ad. pl., 2 aprile 2020, n. 10.

[12] Secondo Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503, «nulla infatti, nell'ordinamento, preclude il cumulo anche contestuale di differenti istanze di accesso». A tale proposito Cons. St., Ad. pl., 2 aprile 2020, n. 10, precisa che «l'art. 5, comma 11, del d. lgs. n. 33 del 2013 ammette chiaramente il concorso tra le diverse forme di accesso, allorquando specifica che restano ferme, accanto all'accesso civico c.d. semplice (comma 1) e quello c.d. generalizzato (comma 2), anche «le diverse forme di accesso degli interessati previste dal capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241»».

«(...) La coesistenza dei due regimi e la possibilità di proporre entrambe le istanze, anche uno actu, è certo uno degli aspetti più critici dell'attuale disciplina perché, come ha bene messo in rilievo l'ANAC nelle Linee guida di cui alla delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 (par. 2.3, p. 7) – di qui in avanti, per brevità, Linee guida – l'accesso agli atti di cui alla l. n. 241 del 1990 continua certamente a sussistere, ma parallelamente all'accesso civico (generalizzato e non), operando sulla base di norme e presupposti diversi, e la proposizione contestuale di entrambi gli accessi, può comportare un «evidente aggravio per l'amministrazione (del quale l'interprete non può che limitarsi a prendere atto), dal momento che dovrà applicare e valutare regole e limiti differenti» (Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503)». Osserva altresì l'Adunanza plenaria «che, in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale della l. n. 241 del 1990, o ai suoi elementi sostanziali, la pubblica amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. b), della l. n. 241 del 1990, non può esaminare la richiesta di accesso civico generalizzato, a meno che non sia accertato che l'interessato abbia inteso richiedere, al di là del mero riferimento alla l. n. 241 del 1990, anche l'accesso civico generalizzato e non abbia inteso limitare il proprio interesse ostensivo al solo accesso documentale, uti singulus».

[13] Su questi aspetti *amplius* F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *www.federalismi.it*, n. 10/2019, il quale, partendo dall'astratta sovrapposibilità delle due tutele, osserva come tale circostanza metta «l'interprete di fronte all'alternativa di chiarire se si è di fronte soltanto ad un problema di mancato coordinamento, da parte al legislatore, della nuova figura di accesso introdotta dal d. lgs. 97 del 2016, con la preesistente forma di accesso procedimentale disciplinata dalla l. 241/1990; ovvero se si sia voluta effettivamente mantenere la distinzione tra le due figure precisandone, in tal caso, quale sia il significato».

[14] In ordine al primo profilo, come in precedenza evidenziato, l'accesso di cui alla legge n. 241/1990 presuppone la titolarità in capo all'istante di un interesse specifico, immediato e diretto, correlato ad una situazione giuridicamente tutelata dall'ordinamento, alla conoscenza degli atti e dei documenti amministrativi produttivi di effetti giuridici nella sua sfera giuridica. L'accesso contemplato nel d.lgs. n. 33 del 2013, invece, può essere promosso da «chiunque» e non richiede alcun supporto sul piano motivazionale della «pretesa conoscitiva».

[15] Art. 5, d. lgs. n. 33/2013.

[16] A tale riguardo A.N.AC., determinazione n. 1309 del 28 dicembre 2016.

[17] A riguardo F. FRANCIARIO, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, cit., 19 ss., il quale, peraltro, evidenzia che «L'introduzione della nuova figura di accesso civico secondo il modello FOIA assorbe e soddisfa l'interesse pubblico alla realizzazione del principio di trasparenza condizionando e facendo dipendere la soddisfazione dell'interesse all'accesso dalla valutazione discrezionale dell'amministrazione. L'accesso classico esercitabile ai sensi della legge 241 rimane invece focalizzato sulla strumentalità defensionale e, in questa prospettiva, in quanto volto a consentire il soddisfacimento di bisogni di tutela riconosciuti e protetti da norme primarie, non può ritenersi più condizionato dalla discrezionalità amministrativa».

[18] A norma dell'art. 22, comma 1, lett. d), l. n. 241/1990, deve considerarsi documento amministrativo «ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie 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» (art. 22, comma 1, lett. d).

Sull'accesso, senza pretesa di esaustività, ma fondamentali ai fini di un inquadramento sistematico G. Arena (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna 1991; M. Clarich, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 430; C.E. Gallo, S. Foà, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, Torino, 2000, 1 ss.; M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir., Agg.*, IV, 2000, 1 ss.; A. Sandulli, *Accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.* 2005, 494 ss.; G. Clemente Di San Luca, *Diritto di accesso ed interesse pubblico*, Napoli, 2006.

[19] In Cons. Stato, Ad. pl. 18 aprile 2006, n. 6 l'accesso quale «pretesa a conoscere il contenuto di determinati documenti amministrativi ha natura strumentale dal momento che non riconosce utilità finali, ma poteri di natura procedimentale volti

in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritti o interessi)». Su questa pronuncia M. Occhiena, *Diritto d'accesso, «sua natura camaleontica» e Adunanza Plenaria 6/06 (Nota a Cons. Stato, ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6)*, in Foro it., 2006, III, 378 ss.

In dottrina sulle questioni legate alla legittimazione A. Romano Tassone, *A chi serve il diritto di accesso (riflessioni su legittimazione e modalità d'esercizio del diritto di accesso nella l. n. 241 del 1990)*, in *Dir. amm.*, 1995, 315.

[20] In merito Cons. Stato, Ad. pl., 5 settembre 2005, n. 5.

[21] Art. 22, comma 1, lett. c), l. n. 241/1990. A riguardo M. Mazzamuto, *La tutela del segreto ed i controinteressati al diritto di accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 96.

[22] A questo proposito art. 3, d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184.

[23] Secondo quanto prescrive l'art. 22, comma 3, l. 241/1990 sono accessibili tutti i documenti amministrativi, salvo quelli indicati nell'art. 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6.

In base all'art. 24, comma 1, l. n. 241/1990 l'accesso è precluso ove riguardi a) documenti coperti dal segreto di Stato o la cui divulgazione sia vietata per legge; b) documenti relativi a procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; c) atti prodromici all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione; d) nell'ambito dei procedimenti selettivi, documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relative a terzi (si tratta di atti esclusi per specifica indicazione di legge).

In base a quanto prescritto dall'art. 24, commi 2, 5, e 6, al di fuori delle ipotesi sopra elencate, la legge prevede che la scelta di sottrarre all'accesso altri atti possa essere rimessa alla pubblica amministrazione ovvero che la individuazione di tali atti possa avvenire mediante apposito regolamento governativo.

Viene, infatti, consentito al Governo mediante la predisposizione di apposito regolamento ex art. 17 comma 2, l. n. 400/1988, di sottrarre all'accesso ulteriori documenti amministrativi laddove sussistano ragioni legate alla necessità di tutelare di interessi pubblici prevalenti e antitetici. Ciò potrebbe verificarsi allorchè si tratti di documenti da cui possa derivare un pregiudizio a) alla difesa nazionale, all'esercizio della sovranità nazionale e alla continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali; b) ai processi di formazione della politica monetaria e valutaria; c) alla tutela dell'ordine pubblico, della prevenzione e della repressione della criminalità, con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione, e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini; d) alla riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale; e) attività connesse alla contrattazione collettiva nazionale (art. 24, comma 6).

«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. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'art. 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale» (art. 24, comma 7, l. n. 241/1990).

Sul punto Cons. Stato, Adunanze plenarie nn. 4 e 5 del 22 marzo del 1999.

[24] In A. Barone, R. Dagostino, *La trasparenza e il diritto di accesso* cit., 195, evidenziata la connotazione essenzialmente dinamica del diritto alla riservatezza, viene sottolineato come il raccordo fra le discipline sul diritto di accesso e sulla protezione dei dati personali sia garantito dagli artt. 59 e 60 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (codice della privacy). Ciò dal momento che il d.lgs. n. 196/2003 ha distinto tre categorie di dati personali, (c.d. comuni della persona, c.d. sensibili, c.d. supersensibili) rispetto ai quali accorda una tutela differenziata connessa alla maggiore o minore sensibilità dell'informazione contenuta nel documento amministrativo oggetto di accesso.

Tenuto conto che allorchè il documento contenga dati che consentono di identificare, anche indirettamente, un soggetto non sorgono peculiari esigenze di tutela, trovano applicazione le prescrizioni riportate nella legge n. 241/1990, per cui il soggetto interessato ad esercitare il diritto di accesso dovrà limitarsi a dimostrare di essere titolare di un interesse concreto, diretto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata, collegata al documento di cui si chiede l'ostensione (art. 22 l. n. 241/1990).

Nelle ipotesi in cui, invece, il documento oggetto di istanza di accesso contenga dati «idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale», ovvero giudiziari, l'accesso potrà essere ammesso

soltanto ove sia necessario per la tutela di interessi giuridici propri del richiedente, e nella misura in cui sia strettamente indispensabile .

Ove, infine, l'accesso verta su documenti contenenti dati ed informazioni sullo stato di salute e la vita sessuale della persona, esso potrà essere consentito solo ad esito di una apposita ponderazione da parte della pubblica amministrazione dalla quale emerge la parità di rango fra la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare ed i diritti dell'interessato, oppure laddove detta situazione si sostanzia in un diritto della personalità o in altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile.

Del potere valutativo da parte della pubblica amministrazione in materia di accesso difensivo si è recentemente occupato Cons. Stato, Ad. pl., 18 marzo 2021, n. 4.

[25] E' stato chiarito in sede consultiva da Cons. Stato, sez. I, 19 settembre 2019, n. 2483, che per comprendere se un atto amministrativo è sindacabile occorre accertare la concreta conformazione della norma posta a fondamento della funzione esercitata e dalla quale esso promana. Ad avviso del Consiglio di Stato, infatti, «ciò che rileva ai fini della impugnabilità o meno dell'atto non è tanto che esso promani da un organo di vertice della pubblica amministrazione e che concerna le supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri, ma che sussista una norma che predetermini le modalità di esercizio della discrezionalità politica o che, comunque, la circoscriva».

[26] Cfr. Cons. giust. Reg. Siciliana, 7 dicembre 2021, n. 1032.

[27] Il regolamento per l'accesso agli atti ed ai documenti amministrativi dell'Assemblea Regionale Siciliana è stato pubblicato sulla G.U.R.S. n. 28 del 20 giugno 2008.

[28] Art. 29, comma 2-quater, l. n. 241/1990.

[29] Sulle potenzialità del criterio costituzionale della “differenziazione” I.M. Marino, *Sulla funzione statutaria e regolamentare degli enti locali*, in I.M. Marino, *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, Palermo, 2002.

[30] Le questioni problematiche che si pongono a proposito della tutela processuale del diritto di accesso sono molteplici, sullo specifico fronte di quella cautelare, ovviamente senza pretesa alcuna di esaustività, sia consentito il rinvio a A.G. Orofino, F. Cimbali, *Sulla tutela cautelare nel rito in materia di accesso: spunti di riflessione e analisi di recenti orientamenti*, in corso di pubblicazione su www.federalismi.it

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2277 – 7 aprile 2022

Ambiente e Costituzione

di Alessandro Cioffi e Rosario Ferrara

Con la legge costituzionale 11 febbraio 2022 n.1 (*Modifiche agli artt. 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*) l'ambiente ha fatto la sua comparsa nella prima parte della Costituzione. Le disposizioni costituzionali sono state modificate prevedendo che la Repubblica “*Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*” (art. 9) e che l'iniziativa economica “*Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali*” (art. 41).

La riforma può essere letta e studiata da un punto di vista tipicamente costituzionalistico, facendo specifico riferimento al dibattito che sinora si è svolto soprattutto intorno al significato dei nuovi termini inseriti nel testo dell'art. 9 Cost., la “biodiversità”, gli “ecosistemi”, “l'interesse delle future generazioni”, sullo sfondo della questione della discendenza dell'ambiente da idee eterogenee, come l'idea antropocentrica o l'idea ecologica (v. Dossier Senato n. 405/3 7-2 2022 -sul progetto di legge cost. n. 452/3- *Modifiche agli artt. 9 e 41 Cost. in materia di tutela dell'ambiente*, a cura del Servizio studi del Senato; nonché il dossier n. 396 del giugno 2021- *Tutela dell'ambiente in Costituzione*).

Può essere letta e studiata anche sotto un profilo più prettamente amministrativistico, focalizzando l'attenzione sulla dimensione dell'ambiente come interesse pubblico. A seguito dell'inserimento negli artt. 9 e 41 Cost., l'ambiente assume il rango di interesse primario e costituisce uno specifico problema di tutela. L'analisi, dunque, potrebbe tornare ad occuparsi di due fondamentali e note questioni. La prima: ambiente e paesaggio, con le reciproche distinzioni e implicazioni, alla luce del nuovo comma dell'art. 9 Cost.; questione che, vista la forte novità, è qui impostata secondo il metodo ad essa più rispondente, quello della “integrazione” (v. F. DE LEONARDIS, *La riforma “bilancio” dell'art. 9 Cost. e la riforma*

“programma” dell’art. 41 Cost.: *suggerzioni a prima lettura*, in *Ac- Aperta Contrada*, marzo 2022). La seconda: l’ambiente come limite della libertà economica; questione che, alla luce del nuovo testo dell’art. 41 Cost. e considerando la usuale forza insita nel limite, rivela una certa carica dialettica, e, quindi, sembra preferibile impostare secondo un’interpretazione ben consolidata (v. l’impostazione di M.A. SANDULLI, *Tutela dell’ambiente e sviluppo economico e infrastrutturale: un difficile ma necessario temperamento*, in *Riv. giur. ed.*, 2000, 2, 3 ss.).

Sotto il primo profilo, il tema è stato già trattato in questa Rivista nel saggio a due voci che ha espresso una profonda critica alla riforma (v. G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull’inutile anzi dannosa modifica dell’art. 9 della Costituzione*, in *Giustiziainsieme*, settembre 2021). Il primato del paesaggio, in questo scritto, emerge in modo assai chiaro. Con esso, la distinzione del paesaggio dall’ambiente.

Questa prospettiva si rivela anche in giurisprudenza, per esempio in Cons. St. sez. VI 29 gennaio 2013 n. 535. Nel caso di specie, si trattava del vincolo paesistico imposto sull’*Ambito meridionale dell’agro romano*, a discapito di interessi privati e di un interesse definito “ambientale”; la decisione separa l’ambiente dal paesaggio e stabilisce che il paesaggio è l’interesse prevalente, perché è interesse “nazionale”, che ha rango primario, in quanto è fondato sull’art. 9 e, dunque, sulla prima parte della Costituzione.

Rispetto a questa tradizione, in tempi recentissimi, e sempre seguendo il filo della nostra giurisprudenza, la distinzione tra paesaggio e ambiente sembra lasciare spazio a una reciproca implicazione, che sembra molto visibile in Cons. Giust. amm. Sicilia 16 febbraio 2022 n. 215 (est. Immordino), sentenza non definitiva, che, nel caso di vincolo archeologico sulla Valle dei templi di Agrigento, rimette alla Corte la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 della legge regionale siciliana n. 17 del 1994: leggendo in breve il presupposto della rimessione, e isolando il significato di “ambiente”, emerge il fatto che il vincolo in questione è un vincolo archeologico, che, però, può valere come vincolo paesistico, per il suo “valore ambientale”. E il valore ambientale, a sua volta, è ritenuto “speculare” all’insieme dei valori “culturali”, “estetici” e “urbanistici” del territorio stesso (v. par. 19.1 di Cons. Giust. Amm. Sicilia, 16 febbraio 2022 n. 215).

In altre parole: l’ambiente è il riflesso del paesaggio.

Del resto, l’ambiente, in senso figurato, è il paesaggio colto nel suo aspetto visivo, come ricorda la Corte costituzionale (v. Corte cost. sen. n. 378/2007).

Certo, l’ambiente può esistere ed essere concepito anche come bene giuridico autonomo e distinto (v. Corte cost. sen. n. 225/2009); e, a questo punto, avrebbe bisogno di un continuo bilanciamento con il paesaggio (v. G. MONTEDORO, *Costituzione e ambiente. Effetti sulla divisione dei poteri di una revisione largamente condivisa*, in *Ac- Aperta contrada*, 14 marzo 2022), secondo l’impostazione qui ricevuta, che assume il punto di vista di chi legge il tema alla luce di un principio di integrazione e di sostenibilità (*ex multis*: E. SCOTTI, **Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare**, *Il dir. dell’economia*, 2019, 493; F. FRACCHIA, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell’amministrativista e l’esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, in *Il dir. dell’economia*, 2021, 55; F. DE LEONARDIS, *La riforma “bilancio” dell’art. 9 Cost.... cit.*; F. KARRER, *Gli effetti della riforma dell’Art. 9 della Costituzione sulla pianificazione paesaggistica e territoriale- urbanistica: una prima interpretazione*, in *Ac- Aperta contrada*, in corso di pubblicazione, marzo-aprile 2022).

Resta dunque aperto un interrogativo di fondo: quale sia il concetto di ambiente. Ad avviso di chi scrive, par meglio vedere l'ambiente come valore giuridico, per quel che vale come interesse. Specialmente, per la tutela che restituisce nel sistema.

La presentazione del volume *Casi di diritto dell'ambiente* (Giappichelli, 2021), avvenuta lo scorso 3 febbraio a Roma presso la LUISS, ha offerto lo spunto per raccogliere l'opinione al riguardo del Prof. Rosario Ferrara, curatore del volume assieme a Francesco Fonderico e ad Alberta Milone. Il volume è suddiviso in quattro parti che seguono una progressione non casuale (Principi, Competenze, Procedimenti, Voci dall'Europa) e che raccolgono pronunce giurisprudenziali e commenti degli Autori (L. Aristei, M. Santini, P. Mascaro, A. Milone, F. Fonderico) nell'ambito di una cornice unitaria data dal nesso dell'ambiente con il diritto pubblico.

L'intervista al Prof. Rosario Ferrara è stata realizzata in occasione della presentazione del volume con la collaborazione di Alberta Milone e Maria Laura Maddalena.

A. CIOFFI Incontrando il Prof. Rosario Ferrara, che ringraziamo vivamente, la tentazione di una prima domanda che sia anche provocazione sull'idea di fondo è quasi inevitabile. Difatti, la selezione dei casi è già una scelta, è già un'idea; e un anticipo può venire al lettore scorrendo l'indice, ove s'incontra il primo titolo: *Principi*; titolo significativo, che evoca immediatamente la connessione del caso al sistema di tutela; del resto, in sintonia con il pensiero di Rosario Ferrara (v. R. FERRARA, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amministrativo*, Tar, 2009, fasc. 6, 1945).

Un'ispirazione sottostante, e più forte, dunque, ci dev'essere e così viene la prima domanda:

L'ambiente -e il Volume- a quale criterio di ispirazione risponde?

R. FERRARA I casi sono stati scelti sia pensando ai temi in sé stessi sia all'utilità per i lettori: studenti e operatori (funzionari, avvocati, magistrati). Nel libro, è presente anche un richiamo alla giurisprudenza oltre confine, per segnalare che l'ambiente pone questioni che postulano soluzioni transnazionali.

Per ogni tipo di analisi di un settore giuridico si deve partire necessariamente dai principi, e il diritto dell'ambiente, in tema di principi, è ancora più rilevante [“Principi” è la prima sezione del volume- n.d.r.- nel suo discorso orale l'autore si diffonde anche sulle altre tre sezioni del libro- “Competenze”, “Procedimenti amministrativi in materia ambientale”, “Voci dall'Europa”].

Ad esempio, tra i principi del diritto dell'ambiente, vi è il principio di precauzione, che nasce in altro settore, ma, dopo essere stato sancito in materia ambientale, nell'Atto unico europeo, è stato esteso a molti altri settori. Condivido l'opinione di Federico Spantigati, che ha definito il diritto dell'ambiente come un “diritto sonda”. A mio parere il diritto dell'ambiente può definirsi come “il salotto buono del diritto pubblico”, nel quale nascono temi e istituti che, in seguito, trascinano in altri settori.

Per esempio, in tema di giustizia, fondamentale è stato il ruolo delle associazioni ambientaliste e delle associazioni consumeristiche, che hanno avuto il merito di aver portato ad evidenziare la necessità di innovare il sistema della giustizia amministrativa, configurato rigidamente, come hanno rilevato Franco Scoca e Alberto Romano, in funzione della tutela di situazioni individualistiche. Nell'attuale situazione di crisi della politica,

e della legittimità dei tradizionali collettori degli interessi di tipo generale, come ha evidenziato Giorgio Berti, il movimento delle associazioni ambientaliste ha avuto un ruolo molto importante nel riconoscimento della tutela degli interessi sovraindividuali e nella elaborazione di nuovi istituti e concetti giuridici. Mi riferisco, ad esempio, al criterio della *vicinitas*, riconosciuto dalla “sentenza del chiunque” del Consiglio di Stato - con la nota straordinariamente attuale di Enrico Gucciardi - circa la legge ponte urbanistica, in base alla quale “chiunque ... può ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia...”; e, poi, la successiva sentenza dell’Adunanza Plenaria del 1979, che ha approfondito il tema, confermando tale criterio. La *vicinitas* è un criterio nuovo, di conio giurisprudenziale. La legittimazione che deriva dalla previa qualificazione di un interesse viene costruita, infatti, non sulla base della qualificazione normativa, ma sulla base della qualificazione fattuale, che è data dal radicamento sul territorio di un certo soggetto collettivo.

Sempre in tema di principi, è necessario segnalare una importante lacuna del Testo unico ambientale: vi sono enunciati i principi di prevenzione, precauzione, chi inquina paga, ma non il principio di integrazione, che è fondamentale. È necessario anche ricordare che i Trattati europei, che sono la Costituzione di fatto dell’Unione europea e quindi degli Stati membri, impongono la tutela dell’ambiente, soprattutto, in forza del principio di integrazione, in base al quale le esigenze connesse con la tutela dell’ambiente devono portare a riprocessare tutte le altre politiche [n.d.r. – per il discorso svolto nel testo sugli sviluppi del principio di integrazione v. anche R. FERRARA, *La tutela dell’ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 12 ss.]. Ciò rende pertanto in qualche modo superflua la riforma costituzionale. Occorre tuttavia evidenziare che, a seguito della modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione, la Corte costituzionale, a mio parere, non potrà più affermare che gli interessi all’attività di impresa e alla tutela della salute e dell’ambiente sono parordinati, come per esempio nella sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013. Sotto tale profilo la riforma può considerarsi, pertanto, condivisibile.

A. CIOFFI Quest’ultimo punto, il rapporto con la riforma costituzionale, costituisce un aggancio immediato alla seconda domanda. In particolare, riprendo un passo della prima risposta, che cade in taglio con la domanda che avevo in mente: il diritto dell’ambiente – si diceva- è “il sotto buono del diritto pubblico”; del resto, il Volume inaugura la *Collana Casi e materiali di diritto pubblico* (sotto la direzione di Ferrara stesso e di R. Cavallo Perin) e, non a caso, nell’introduzione si legge che il diritto dell’ambiente risponde ad una certa “unitarietà del diritto pubblico”, inteso senza limiti e senza ulteriori aggettivi.

Viene dunque una domanda che solo in apparenza è retorica, perché non è limitata la risposta che ne può venire, se è messa nella luce della riforma- dunque:

Il diritto dell’ambiente è diritto pubblico?

R. FERRARA Diceva Pellegrino Rossi, nell’800, che le “teste di capitolo” di tutte le branche del diritto si ritrovano nel diritto costituzionale; oggi potremmo dire che esse si trovano nel diritto originario e derivato dell’UE, che va studiato con una attenzione speciale. Tutti i processi decisionali passano, infatti, per il diritto dell’UE.

Ma il diritto pubblico è fondamentalmente unitario: questo è un fatto autoevidente che non necessita di essere dimostrato. È solo a causa delle necessità della didattica e dell’ampiezza assoluta della materia che esso viene distinto in varie materie (anche il diritto penale, ad esempio, rientra nel diritto pubblico). E il diritto pubblico, nel suo insieme, ha ad oggetto lo Stato, il funzionamento delle istituzioni pubbliche e i rapporti tra le istituzioni e le persone. Non a caso, ai suoi massimi livelli, esso costituisce una sorta di dottrina generale dello Stato.

Il diritto amministrativo, dal canto suo, è certamente un diritto “tecnico-funzionalizzato” (come sostiene la dottrina tedesca), ma è anche e soprattutto il vero diritto costituzionale. È per questo che lo storico Fioravanti ha affermato che gli amministrativisti sono i veri costituzionalisti, perché studiano il potere. Il diritto amministrativo è in realtà una importantissima dottrina dello Stato.

In questa luce, il diritto costituzionale ci interessa come diritto positivo ed è tanto più interessante quando ha un ancoraggio in un settore specifico (per esempio, Predieri, il territorio; Amato, il diritto dell'economia; Pizzetti, il diritto degli enti locali).

Al di fuori di questi ambiti, il diritto costituzionale esce dall'ambito del diritto positivo e diventa un discorso alto, di politica del diritto. Non è un caso che Alexis de Tocqueville, il teorico del pensiero costituzionale moderno, fosse un consigliere della Corte dei conti, un amministrativista puro. Per questa ragione, fu mandato a studiare il federalismo americano. Il suo saggio (“L'ancien régime e la rivoluzione”) è tutto costruito sulla base dei documenti amministrativi e dimostra, negli atti amministrativi, la tracimazione dell'Ancient régime, che sopravvive, anzi passa, attraverso la rivoluzione.

La lente dell'amministrativista, dunque, è quella che consente di comprendere il vero funzionamento delle pubbliche istituzioni. È per questo che oltre ai casi giurisprudenziali il libro dovrebbe forse contenere anche dei materiali, ovvero la dottrina, che pure concorre alla elaborazione del diritto pubblico.

In conclusione: non c'è alcun elemento di contrarietà all'esigenza di unitarietà del diritto pubblico.

A. CIOFFI La sensazione del lettore contemporaneo è che nel diritto dell'ambiente scorra un sottinteso o meglio una necessità: l'esigenza di giustizia. Dopo aver udito quest'ultima risposta, l'esigenza sembra trovare conferma. Dunque:

La giustizia climatica è la giustizia del futuro?

R. FERRARA Il clima è il fondamentale problema dell'ambiente, in quanto è la cartina di tornasole dello stato di salute dell'ambiente. L'espressione “giustizia climatica” è forse una espressione enfatica, ma in ogni caso la realtà è che si tratta del comparto più sensibile in cui il tema delle minacce e dei danni all'ambiente trova il suo elemento di esemplificazione più importante. Sia sotto l'aspetto dell'ambiente sano (come afferma la Costituzione belga, cioè un ambiente tutelato in sé stesso), sia sotto l'aspetto dell'ambiente salubre (che viene cioè in considerazione quando ci sia un danno arrecato al diritto alla salute, ovvero come una evoluzione del diritto alla salute).

Ha perfettamente ragione Fracchia, nel suo saggio sullo sviluppo sostenibile [v. F. FRACCHIA, I doveri intergenerazionali...cit. supra -n.d.r.], quando sostiene che l'ambiente deve essere considerato fondamentalmente come dovere e non solo come diritto. Il mutamento del clima e gli inquinamenti da CO2 portano conseguenze epocali sull'ambiente, che fanno sì che vi siano molte controversie giudiziali sul tema.

*Tuttavia, il processo non deve essere il terreno elettivo in cui si risolvono questi problemi, in quanto la controversia giudiziale deve essere la risposta terminale a fenomeni di degrado assoluto, ma se si vuole salvare il pianeta si deve agire prima, a livello politico - di Stati e di istituzioni- e di cittadini e di imprese, per realizzare “politiche ambientalmente sostenibili”; del resto, la formula “sviluppo sostenibile”, è solo uno “slogan fortunato”, mentre sembra preferibile l'espressione “futuro sostenibile” [n.d.r.- espressione da inserire – dice Ferrara- anche nel patto globale per l'ambiente- v. R. FERRARA, **Ambiente e salute. Brevi***

note su due “concetti giuridici indeterminati” in via di determinazione: il ruolo giocato dal “patto globale per l’ambiente”, Diritto e società, 2019, 281].

Il problema insolubile, in relazione alla questione climatica, è dato dal conflitto tra le ragioni del lavoro e quelle dell’ambiente - pensiamo al caso ILVA. Tuttavia, va segnalato che in occasione della Cop 21, a Parigi, il segretario generale dei sindacati europei, anziché difendere le ragioni del lavoro, disse: “non ci sono posti da difendere in un Pianeta morto”.

Ha perfettamente ragione. Il conflitto tra lavoro e ambiente non può essere risolto trovando una sintesi, perché non ci si può esimere da politiche severe, non oltranziste ma severe, di tutela ambientale. Bisogna ragionare in un’ottica intergenerazionale, di solidarietà nei confronti delle generazioni future. Su questo punto la riforma costituzionale appare debole, almeno rispetto alla Costituzione tedesca, che afferma che lo Stato assume la responsabilità nei confronti delle generazioni future, anche dal punto di vista civile e risarcitorio.

Sicuramente, ci sarà un contenzioso che potrà avere carattere alluvionale riguardo ai danni all’ambiente e ai danni alle persone causate dal degrado ambientale. Sarebbe importante che questo contenzioso non si limitasse alla tutela delle situazioni soggettive individuali, ma si occupasse di contestare le scelte sbagliate fatte a livello politico o amministrativo.

A. CIOFFI Un’ultima domanda, inaspettata e veramente conclusiva.

Colpisce molto quest’ultima risposta e specie il finale sulle “scelte sbagliate” e la giurisdizione; mi permetto quindi una domanda inattesa e un’ultima provocazione:

La giurisdizione amministrativa sulle scelte ambientali è giurisdizione oggettiva o soggettiva?

R. FERRARA *Sul danno ambientale sarebbe stato molto meglio mantenere una giurisdizione di diritto oggettivo, di competenza della Corte dei conti. In ogni caso, l’oggetto della giurisdizione amministrativa, come insegnava Guicciardi e come sostiene Alberto Romano, è ad oggetto misto. Nessuno può contestare la tutela di situazioni giuridiche soggettive della persona, ma certamente la tutela ha un suo contenuto di oggettività. E certamente in alcuni casi l’interesse che qualifica la legittimazione al ricorso non è tanto la situazione soggettiva individuale ma l’obiettiva legalità dell’azione amministrativa. Spesso l’evoluzione del diritto passa attraverso “funzioni giuridiche”. È il caso delle associazioni ambientaliste. È chiaro, infatti, che non è la previsione nello statuto della tutela ambientale che vale a differenziare l’interesse fatto valere, ma il fatto che l’associazione semplicemente agisce nell’interesse della legalità.*

Al riguardo Scoca scriveva: si tutelano gli interessi superindividuali camuffandoli da interessi legittimi. Ma – come diceva Alberto Romano- la dilatazione eccessiva dell’interesse legittimo porta allo svuotamento della categoria.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2533 – 17 novembre 2022

**Abuso d'ufficio e “specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge”.
In margine a Cassazione Sez. VI n. 37341/2022, osservazioni sul problema della
integrazione della norma penale con l'ordinamento amministrativo**

di Alessandro Cioffi

Sommario: 1. Introduzione - 2. Posizione del problema - 3. I fatti - 4. Prime interpretazioni della giurisprudenza ed emersione del problema - 5. Le “specifiche regole di condotta”: significato e principio di legalità in senso sostanziale.

1. Introduzione

La sentenza in esame è di un certo interesse, perché riconosce che vi sia abuso d'ufficio nel rilascio di un permesso di costruire in contrasto con il piano regolatore comunale e, in continuazione (art. 81 c.p.), nell'atto di rifiuto di accesso ai documenti, adottato al di fuori delle ipotesi in cui si potrebbe escludere l'accesso ai sensi dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990.

In questo modo, la sentenza contribuisce a individuare le “specifiche regole di condotta” che oggi figurano nel nuovo testo dell'art. 323 del c.p., riformato dall'art. 23 del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

L'esame della sentenza offre dunque l'occasione di riflettere sulla nuova versione, nella parte che più interessa il diritto amministrativo.

2. Posizione del problema

Oggi il testo dell'art. 323 è il seguente “Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni” [i].

Come si vede, al centro della nuova norma figura l'espressione per cui l'abuso è in violazione di “specifiche regole di condotta”. Questa formula costituisce la parte essenziale dell'abuso e pertanto è fondamentale per intenderne la fattispecie. Pone all'interprete il problema di identificare con esattezza la norma violata. In questa prospettiva, la norma è chiara nell'escludere i “margin di discrezionalità” e dunque la giurisprudenza di esordio esclude il vizio di eccesso di potere; altresì, poiché l'art. 323 c.p. menziona regole “espressamente previste dalla legge”, si tende ad escludere tutte le norme secondarie e, talora, i principi [ii].

L'interpretazione prevalente, dunque, si va ispirando a una lettura restrittiva.

In questa prospettiva, che significa “specifica regola di condotta” ?

E quale norma dell'ordinamento amministrativo può venire a costituirla come “specifica”, integrandosi nella norma penale, con un certo valore e significato, restituendo all'abuso d'ufficio un senso compatibile con i principi dell'ordinamento penale e di quello amministrativo?

Sono i problemi dell'integrazione. Affiorano dal nuovo testo e sono ben esemplificati nei due casi particolari decisi dalla sentenza in commento.

3. I fatti

Un funzionario comunale rilasciava un permesso di costruire in sanatoria e poi rifiutava la domanda di accesso ad un soggetto terzo, controinteressato, poi “denunciante” [iii].

In particolare, quanto al primo fatto, il permesso veniva rilasciato in violazione dell'art. 13 delle norme tecniche di attuazione del piano regolatore comunale, in assenza di un piano di recupero e in contraddizione con un parere comunale interlocutorio, che consigliava di approfondire la questione.

Il permesso di costruire riguardava la costruzione di un portico, che ricade in una zona di “antica formazione”, nella quale, per l'art. 13 delle norme tecniche di attuazione del p.r.g., l'edificazione è sottoposta alla adozione di un piano di recupero e ad un parere comunale. Nei fatti, il piano di recupero non è stato adottato e il parere manca (al suo posto c'è solo una sorta di parere sospensivo, che consiglia di approfondire la questione). Ne consegue, per la sentenza, che il permesso è adottato in “assenza” del piano e in assenza del parere, e,

dunque, che è in “contrasto con le norme di piano”. Precisamente, risulta in contrasto con l’art. 13 delle norme tecniche e, di conseguenza, con l’art. 12 del D.P.R. n. 380 del 2001. Difatti, secondo la sentenza, la disposizione del piano regolatore “integra la disciplina di legge relativa alla concessione del permesso di costruire”. Si ricorda che nel testo unico dell’edilizia l’art. 12 è norma legislativa e prevede che “Il permesso di costruire è rilasciato in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente.”

Si tratterebbe dunque di un caso di eterointegrazione, sul quale si tornerà, perché potrebbe rappresentare un problema, con più soluzioni aperte, rispetto ai principi di legalità e di interpretazione della legge penale e della norma extrapenale.

Quanto al secondo fatto, il rifiuto di accesso era motivato per esigenze di privacy, ma in appello si accertava che “non sussisteva alcuna esigenza di proteggere dati sensibili o interessi particolarmente qualificanti”. Dunque, secondo la sentenza, non si applica l’ipotesi prevista dall’art. 24, secondo comma, lett. d), della legge n. 241 del 1990, che permette di escludere il diritto di accesso quando i documenti riguardino la “vita privata o la riservatezza”. Di conseguenza, l’atto di rifiuto che non risponde ai casi dell’art. 24 è “integralmente privo di una base legale”. La regola specifica che poi la sentenza ricava è che l’accesso era consentito, il che deriva dal principio per cui al di fuori del limite tutto è visibile, ai sensi dell’art. 22. Anche su questo aspetto si tornerà.

4. Prime interpretazioni della giurisprudenza ed emersione del problema

I problemi specifici che sorgono dal caso di specie sono in fondo comuni alle questioni decise dalle prime sentenze rese sul nuovo testo e manifestano tutta la difficoltà di identificare le “specifiche regole” utili a integrare la fattispecie dell’art. 323 c.p. Per esempio, la prima decisione nota è Cassazione sez. VI 8 gennaio 2021 n. 442, che sembra importante per i principi e i limiti che imprime all’abuso. Anzitutto, il fatto è costituito da un atto di un commissario straordinario che riorganizza una Ausl, riducendo una struttura da complessa a semplice, ma con l’effetto di demansionare il direttore della struttura; nella specie, la Cassazione stabilisce che non vi è responsabilità, perché l’atto in questione è discrezionale e, soprattutto, non viola una regola “cogente” e “puntuale”; più ampiamente, in obiter dictum, la Sezione stabilisce che la nuova fattispecie è più restrittiva di quella precedente, sottraendo al giudice penale la “inosservanza dei principi generali” e di “ogni fonte normativa di tipo regolamentare”, escludendo persino “il classico schema della eterointegrazione, cioè della violazione mediata di norme di legge interposte”. Questa prima sentenza della Cassazione fa dunque trasparire con immediatezza anche i due problemi che sono specifici alla decisione presa con la sentenza in commento.

Può la “specifica regola” essere costituita da un principio ?

Può la specifica regola di condotta essere costituita dalla eterointegrazione di una norma di legge che viene interposta ?

Per esempio, quanto ai principi e sempre osservando le prime decisioni, Cass, Sez. VI 15 aprile 2021 n. 14214 esclude la violazione dell’art. 97 Cost., nel caso di un concorso bandito

dall'Università per il conferimento di un incarico, pur davanti ad uno “sbilanciamento” a favore di un candidato (cd. “favoritismo privato”), emergente da vari indizi nella redazione dei criteri e nella valutazione delle domande; la sentenza riconosce che ad essere violato potrebbe essere, in astratto, il principio di imparzialità, ma che esso non rientra nell'art. 323 c.p., perché nell'oggetto dell'art. 97 Cost. non sono contemplate regole di condotta.

Si pone dunque un problema di esatta identificazione della norma violata. Su questo punto, sembra pertinente Cass. Sez. VI, 1 marzo 2021 n. 8057. E' il caso di un funzionario che affida un appalto senza gara, dichiarando un importo sottosoglia, che però veniva appositamente alterato, omettendo il calcolo di alcune componenti; in questo caso la Cassazione identifica la norma violata nell'art. 125 del codice degli appalti pubblici e quindi ne trae la violazione di una “specifica regola di condotta”.

Il problema emerso consente alcune osservazioni teoriche.

5. Le “specifiche regole di condotta”: significato e principio di legalità in senso sostanziale

Come si vede, la giurisprudenza di esordio rivela tutte le difficoltà e le incongruenze della nuova norma. Ne coglie però lo spirito: quello di intendere l'abuso in un senso restrittivo. Quello della restrizione è un criterio utile per identificare la “specifica regola di condotta”, il più grande interrogativo dell'abuso odierno.

In questa prospettiva, il caso deciso dalla sentenza rappresenta un buon esempio. Il caso, come visto, pone due problemi specifici e distinti: il problema della eterointegrazione della specifica regola di condotta e quello del rapporto tra regola e principio. In comune ai due termini- regola specifica e principio- c'è il problema generale della integrazione della norma penale con un elemento extrapenale, che deriva dall'ordinamento amministrativo. Sullo sfondo, dunque, c'è un problema di interpretazione e di legalità, in senso sostanziale.

Si svolgono qui alcune brevi osservazioni, al solo scopo di mostrare la dimensione dei problemi e di far intravedere alcune soluzioni.

Aprondo il capitolo della integrazione in materia penale, bisogna separare il caso dell'art. 323 c.p. dalle altre specie di integrazione, come la norma penale in bianco o il caso dell'illecito penale che stabilisce il rinvio esplicito a disposizioni extrapenali, come regolamenti, atti amministrativi, leggi regionali, e, nel contenuto, richiama standard, criteri, soglie, parametri, ovvero misure integrative di un precetto già determinato dalla legge penale, nella misura ristretta riconosciuta dalla logica della prevalente giurisprudenza della Corte costituzionale, per cui l'integrazione è ammissibile solo se la norma incriminatrice rinvia ad una disposizione precisamente denominata e soprattutto solo se la norma penale determina il nucleo essenziale della condotta^[iv]. In ogni caso, si tratta di un rinvio a un termine eterogeneo e quindi spesso presuppone un concorso di fonti, molto visibile per esempio nelle sanzioni amministrative, in cui però il fondamento costituzionale cambia, spostandosi dall'art. 25 Cost. all'art. 23 Cost., dove la riserva di legge è relativa.

Rispetto a queste figure, la specie giusta in cui inserire il caso delle “specifiche regole di condotta” del nuovo art. 323 è la categoria dell’elemento normativo extrapenale. E’ contemplato dalla stessa norma penale. La norma lo assume in sé, quale sua parte integrante, a costituire direttamente il precetto penale; è il caso dei fatti di reato che sono costituiti dalla mancanza di un provvedimento amministrativo o dalla violazione di un provvedimento amministrativo o infine dalla violazione di una norma amministrativa; per esempio i reati ambientali o la precedente versione dell’abuso, che prevedeva la “violazione di norme di legge o di regolamento”. Questo caso, dunque, è diverso dagli altri: mentre quelli visti prima designano un rinvio ad altro ordinamento e spesso provocano un concorso di fonti, questo caso, concettualmente, presuppone che la norma penale assuma in sé l’elemento extrapenale^[v]. Questo elemento diventa una parte del precetto. Rappresenta una forma di integrazione o, talvolta, si vedrà, di incorporazione.

Il caso dell’art. 323 c.p. può dunque appartenere a questa categoria, con una precisazione: qui l’elemento che viene incorporato, l’elemento normativo extrapenale, è la specifica regola di condotta ed è di rango legislativo, perché l’art. 323 vuole “specifiche regole”, “espressamente previste dalla legge”. La norma dell’art. 323 c.p. sembra dunque conforme all’art. 25 Cost. e alla riserva assoluta di legge.

Può dirsi lo stesso dal punto di vista della determinatezza e del principio di legalità in senso sostanziale?

Qui l’interprete è sfiorato dal dubbio che l’art. 323 c.p. non abbia quella “autonomia precettiva” richiesta dalla Corte costituzionale per soddisfare il principio di legalità sostanziale (C. cost. n. 199/1993). Certo è che la nuova formulazione dell’art. 323 ha un difetto, perché allude a “specifiche regole di condotta” e le nomina senza indicarle: l’art. 323 non è autosufficiente. E infatti ha bisogno di una integrazione extrapenale, che si trae dalle norme dell’ordinamento amministrativo. Il che significa, sul piano dell’interpretazione, che la norma penale va integrata con la norma amministrativa, nel senso che “l’una non può vivere senza l’altra” (C. cost. n. 199/1993). Dunque l’art. 323 c.p. non è una norma autonoma e suppone una certa integrazione. Per questo lascia aperto un interrogativo di fondo: quale è la “regola specifica”?

E ancora: il suo essere specifica che senso o valore può acquistare nel momento della integrazione tra norme?

Le norma penale, in sé considerata, non dà una risposta a questo problema di integrazione. Pertanto, si può leggere questa integrazione non come relazione tra norme ma come relazione tra due ordinamenti, tra ordinamento penale e ordinamento amministrativo, considerando che il bene giuridico protetto è comune ed è l’art. 97 Cost.; dunque non resta che vedere come quella relazione si possa atteggiare e questo, secondo la teoria generale, può avvenire solo in due modi: come dipendenza o come indipendenza dell’ordinamento penale, ovvero, si vedrà, come integrazione o come incorporazione dell’art. 97 Cost.

Prima ipotesi, l’integrazione: se si ritiene che l’ordinamento penale sia dipendente dall’ordinamento amministrativo, è possibile tutelare l’art. 97 Cost. integrando l’ordinamento amministrativo nell’ordinamento penale e allora il giudice penale – per un principio di collateralità con l’ordinamento di riferimento- può ragionare come il giudice amministrativo e quindi può trasfondere i principi in regola specifica o trasfondere una regola amministrativa

in una norma di legge, ovvero, nel caso deciso, può trasfondere in regola il principio di trasparenza oppure può trasfondere l'art. 13 del piano regolatore nell'art. 12 del Testo unico dell'edilizia, compiendo una eterointegrazione. Ovvero: la regola extrapenale vive nell'abuso come regola amministrativa, perché in ogni caso è un riflesso dell'art. 97 Cost.

Seconda ipotesi, l'incorporazione: se la relazione di base si atteggia a indipendenza dell'ordinamento penale, la norma penale protegge l'art. 97 Cost. a modo suo e quindi incorpora la norma amministrativa e la trasfigura, la rende omogenea, come se fosse una norma penale e, così, la assoggetta alla regola della stretta interpretazione e la determina come "specifica regola" dell'abuso. Il che significa che qui l'interpretazione deve generare sempre una regola che sia "specifica" nel senso che deve essere ben visibile, già in anticipo. Il che porta a determinarne il senso con un criterio preciso: quello di scoraggiare una lettura dell'art. 323 c.p. che faccia uso di una ulteriore eterointegrazione, come quella di una norma legislativa edilizia con una disposizione di p.r.g. che è secondaria; e lo stesso può valere per il principio di trasparenza che diventa regola specifica dell'accesso. Una interpretazione del genere, in eterointegrazione ed in estensione, potrebbe risolversi in un risultato contrario al principio di legalità sostanziale: quello di non fare comprendere in anticipo quale sia il fatto punito dalla legge penale; ovvero, nell'art. 323, quale sia la "specifica regola" espressamente prevista dalla legge. Per questo motivo, sembra preferibile un'interpretazione che dia un risultato netto. Così, nella incorporazione penale, nella scelta e nella interpretazione della norma amministrativa e del suo ordinamento, par meglio identificare ed elaborare una regola che sia adeguata alla legge penale, una regola che dia il precetto della condotta, che si risolva in un preciso dovere giuridico, senza alternative; e non a caso l'art. 323 c.p. esclude la discrezionalità. Sarebbe solo questa la scelta interpretativa che l'incorporazione dell'art. 323 c.p. permette di realizzare. Ovvero, in altro piano, il margine di creatività insito in questa interpretazione, alla luce del principio di legalità sostanziale.

Quest'ultima tesi sembra a chi scrive maggiormente aderente al principio di legalità sostanziale, per un motivo molto semplice, elaborato dalla giurisprudenza costituzionale. Nel principio, infatti, vi è tutta l'idea della determinatezza, un'idea di precisione semantica e di rispondenza alla realtà, anche alla realtà normativa extra penale.

La lunga storia dell'abuso nelle sue precedenti versioni invita a questa prudenza ermeneutica.

[i] Sulla nuova fattispecie, limitatamente ai profili di diritto amministrativo, a livello monografico, v. S. PERONGINI, *L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Torino, 2020, e, nella dottrina più recente, per una impostazione teorica del problema della responsabilità penale, v. G. BOTTINO, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della "burocrazia difensiva", la responsabilità penale per "abuso d'ufficio" come paradigma, Il lavoro nelle pubbliche Amministrazioni*, n. 2/2022, pag. 242 ss. In questa Rivista: v. R. GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio eclettico, Giustizainsieme*, 22 luglio 2020. A livello di studi e seminari, v. M.A. SANDULLI (a cura di), *Abuso d'ufficio e responsabilità amministrativa: il difficile equilibrio tra legalità ed efficienza, Webinar del 13 luglio 2020*.

[ii] v. C. cost. sentenza 8/2022: "La norma censurata, infatti, richiedendo che le regole siano espressamente previste dalla legge e tali da non lasciare margini di discrezionalità, nega rilievo al compimento di atti viziati da eccesso di potere, con conseguenti effetti di *abolitio criminis* parziale - specie nel raffronto con la "norma vivente" come disegnata dalle interpretazioni giurisprudenziali -, operanti, come tali, ai sensi dell'art. 2, secondo comma, cod. pen., anche in rapporto ai fatti anteriormente commessi."; v. anche Cass. Sez. VI 8 gennaio 2021 n. 424, meglio analizzata nel par. 4.

[iii] “in violazione dell'articolo 13 delle Norme Tecniche di Attuazione al P.G.T. del Comune di Marone, rilasciava indebitamente (e con tempi insolitamente rapidi, domanda del 5 febbraio 2015), il permesso di costruire in sanatoria n. 4979 del 23 febbraio 2015 a (OMISSIS), nonostante il parere sospensivo emesso dalla commissione edilizia nella seduta del 5 febbraio 2015 in ragione di una piu' attenta valutazione delle opere edilizie oggetto delle diffornita'; - in violazione della L. n. 241 del 1990, articolo 22 perche' negava accesso alle pratiche edilizie delle quali il denunciante (OMISSIS) aveva richiesto copia, in mancanza di motivi ostativi, atteso che non sussisteva alcuna esigenza di proteggere dati sensibili o interessi particolarmente qualificanti, come confermato dalla sentenza del Tar Lombardia Brescia sentenza 009904/2016, rifiutava indebitamente un atto del suo ufficio, che per ragioni di giustizia doveva essere compiuto senza ritardo, cagionando un ingiusto profitto a (OMISSIS), nel mantenere le opere edili abusive, e un danno ingiusto a (OMISSIS), consistito nel ricevere un ingiustificato e illegittimo diniego di accesso alla documentazione di cui aveva diritto di accedere e prenderne copia.”

[iv] v. C. cost. Sent. n. 199/1993, C. cost. Sent. n. 282/1990, C. cost. Sent. n. 58/75 e, di recente, C. cost. Sent. n. 5/2021, C. cost. sentenza n. 134/2019.

[v] Cfr. A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio. Profili di diritto amministrativo*, Milano, 2001, 38 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2459 – 14 settembre 2022

Le interferenze tra i beni pubblici e i beni privati nella teoria generale e nell'esperienza pratica

di Gianpiero Paolo Cirillo

Sommario: 1. L'attività al centro dell'esperienza giuridica e in particolare rispetto alla conformazione del bene. - 2. Il nesso tra bene e diritto di proprietà. - 3. L'insufficienza del criterio dell'appartenenza per stabilire la differenza tra bene pubblico e bene privato. - 4. Il bilancio degli enti pubblici e la sua natura di bene pubblico. - 5. La necessità dell'ordinamento di collegare il bene al soggetto che diventa titolare di diritti e interessi legittimi aventi ad oggetto "l'utilitas" che deriva da esso. - 6. La critica della tripartizione classica dei beni pubblici. - 7. La tendenza a valorizzare il bene per il suo valore d'uso anziché di scambio. I beni comuni. - 8. Il bene comune e la realtà digitale. - 9. La vocazione pubblica dei beni privati. - 10. La proprietà conformata. - 11. La volumetria, i diritti edificatori e l'espropriazione di valore. Il credito edilizio. - 12. Il bene ambientale. - 13. Le conclusioni.

1. L'attività al centro dell'esperienza giuridica e in particolare rispetto alla conformazione del bene.

Sono necessarie alcune premesse di carattere generale.

Al centro dell'esperienza del diritto va posta l'attività giuridica. Le entità più visibili della realtà sono le cose e i soggetti che agiscono. Di queste due, pur essendo complementari, la più importante è la seconda, poiché l'attività può avere ad oggetto cose e non viceversa. I soggetti, che costituiscono semplicemente l'ipostatizzazione dell'attività, diventano rilevanti solo nel momento in cui agiscono, anche se il diritto se ne deve occupare a proposito della

loro organizzazione, dove, di regola, non ci sono rapporti intersoggettivi. L'attività materiale, anch'essa la più visibile di tutte le possibili tipologie in cui viene normalmente scomposta l'attività giuridica, non è in sé una nozione giuridica, ma può diventarlo laddove la si consideri in un dato contesto ordinamentale.

L'attività giuridica è l'insieme di attività materiali e di atti formali diretti a curare un interesse specifico del soggetto di diritto, considerato rilevante dall'ordinamento. Essa viene prima del risultato economico e giuridico che essa produce. Le attività più rilevanti sono quelli attinenti al lavoro e all'impresa, in quanto producono nuova ricchezza.

In passato si è ritenuto che sia l'attività di diritto amministrativo sia quella di diritto privato non fossero nozioni giuridiche, essendo piuttosto un'astrazione per indicare ciò che di comune avessero gli atti disciplinati da una data normazione. Per lungo tempo si è ritenuto che nel diritto privato fosse rilevante soltanto il negozio giuridico, mentre nel diritto amministrativo solo nella seconda metà del secolo scorso si è ritenuto fosse rilevante l'attività globalmente intesa.

Tuttavia -a parte che il codice civile prende in considerazione non solo i negozi giuridici ma anche l'attività, a proposito del possesso, dell'azienda e del trattamento dei dati personali- il diritto collega ad essa conseguenze in quanto tale isolandola dall'atto prodotto; e ciò avviene quando tale attività diventa 'funzione'. Quest'ultima si registra quando un soggetto agisce per conto di un altro. Sicché per il soggetto nell'interesse del quale si è agito sorge la necessità di controllare nella sua interezza l'attività posta in essere da colui che ha gestito i suoi interessi. In questo modo viene in rilievo l'attività di gestione e il negozio che ne sta alla base. L'attività di gestione costituisce la radice della ripartizione tra il diritto privato e il diritto pubblico, in quanto in essa si ritrovano riuniti il concetto della cura di un interesse altrui e l'imputazione del risultato dell'attività di un soggetto diverso da quello che agisce. E questo va oltre il semplice rapporto giuridico tra singoli, dove ciascuno agisce per sé.

Va anche ricordato che l'esperienza giuridica è attività disciplinata di rapporti umani e che si è sempre fondata sulla relazione tra soggetto e oggetto del diritto, visti come i termini esterni al rapporto giuridico.

La concezione tradizionale si fonda su due concetti fondamentali: il soggetto, l'interesse e il bene sono momenti correlati di un unico fenomeno; il bene preesiste ai possibili rapporti giuridici di cui il bene costituisce il termine oggettivo. Siccome tutti i rapporti giuridici hanno insita una valenza patrimoniale, essi debbono riferirsi a beni in senso giuridico e questo postula un nesso indissolubile tra diritto ed economia, poiché tutti i rapporti giuridici sono valutabili sul piano economico e soddisfano bisogni. Essi contribuiscono a creare e spostare ricchezza, ossia beni. Questo vale non solo per i rapporti civilistici ma anche per i rapporti di diritto amministrativo, ivi compresi quelli di tipo autoritativo.

L'autonomia privata costituisce il principale strumento per distribuire in maniera ordinata gli interessi individuali che pertengono un determinato bene, garantendo il formarsi di un libero rapporto giuridico tra i soggetti rispetto al bene considerato. Invece, la potestà pubblica non solo deve garantire che questo avvenga in ossequio alla protezione offerta dalla Costituzione all'autonomia privata, ma deve tenere in considerazione le esigenze di tipo patrimoniale presenti in tutti gli specifici procedimenti che si aprono innanzi alla pubblica amministrazione, e non solo in relazione ai beni pubblici di cui è proprietaria.

2. Il nesso tra bene e diritto di proprietà.

Venendo al tema, l'attività, in particolare di gestione e di godimento, diventa fondamentale anche a proposito della teoria dei beni, poiché è la prima che crea i secondi e non viceversa. Tuttavia nel rapporto giuridico che scaturisce tra il soggetto e il bene non rileva tanto quello diretto con il bene, e da cui nascono le forme giuridiche di appartenenza e di godimento, quanto quello che deriva dalla relazione con un altro soggetto dell'ordinamento che di regola confligge con l'interesse che si appunta sulla *utilitas* che dal bene stesso deriva, dove si può prescindere dalla appartenenza, come nel caso di più soggetti che aspirino a godere e disporre della medesima utilità senza che nessuno dei due soggetti abbia una relazione pregressa con il bene in contesa oppure invece l'abbiano di fatto (possesso) o in virtù di titoli contrastanti.

Il discorso sui beni non può ignorare l'istituto della proprietà, poiché il codice civile, come è stato insegnato, ha dettato una disciplina dei beni che aspirava a diventare una categoria generale a fondamento di tutto il diritto patrimoniale. Inoltre, l'istituto della proprietà si è evoluto nel senso che essa rileva non tanto in sé, ma in quanto inserita in un rapporto di tipo contrattuale.

In effetti ciò trova fondamento nella legge, laddove il codice considera beni tutto ciò che può formare oggetto di diritti (art. 810 c. c.) e laddove la prestazione dell'obbligazione deve essere sempre suscettibile di valutazione economica, anche quando essa viene assunta o pretesa per soddisfare un interesse non patrimoniale (art. 1174 c. c.)

La prima delle norme indicate fissa il rapporto tra cosa e diritto. Il rapporto tra soggetto e oggetto di diritti è stato sempre concepito in funzione del riconoscimento o, comunque, dell'attribuzione di un diritto soggettivo. Tant'è che la categoria del diritto soggettivo è stata impiegata non solo per il diritto di proprietà e per gli altri diritti reali di godimento, ma persino per definire l'impresa economica e per collegare l'imprenditore all'azienda.

Il richiamo all'azienda consente di affermare che nel diritto amministrativo, e più precisamente nella scienza dell'amministrazione, le organizzazioni pubbliche si presentano anche come aziende, ossia come una unione di beni ordinate alla produzione di beni o all'erogazione di servizi.

Non a caso presso gli economisti si discute molto del rapporto tra le aziende delle pubbliche amministrazioni e delle possibili differenze con le aziende delle organizzazioni private. In ogni caso, si insegna che le pubbliche amministrazioni hanno un capitale, immobiliare e mobiliare, di impianto e di esercizio. Hanno altresì rapporti creditorî e debitori, entrate e uscite. Svolgono attività valutabili in termini di costi e di ricavi.

Del capitale delle amministrazioni si tratta a proposito della teoria dei beni pubblici, che hanno particolari regimi giuridici; così come i rapporti obbligatori vengono trattati a proposito delle obbligazioni pubbliche. Il tema relativo alle entrate patrimoniali è molto più complesso rispetto a quello dei ricavi delle aziende private, in quanto larga parte di esse pervengono all'amministrazione attraverso l'esercizio della potestà di imposizione fiscale, non attraverso l'esercizio virtuoso dell'attività imprenditoriale nel mercato.

Tuttavia una parte considerevole delle entrate pubbliche segue un regime non diverso da quello di qualunque altro imprenditore privato, fondandosi sui prezzi di vendita di beni, su canoni da locazione di immobili, corrispettivi da contratti di trasporto, di somministrazione, d'opera e così via

Il bene, nel linguaggio giuridico, non viene denotato in maniera costante. Il vocabolo si colora di significati diversi in relazione ai diversi oggetti che sono attualmente qualificati come beni

Infatti, mentre da un lato i beni sono un sottoinsieme dell'insieme che comprende tutte le cose ai sensi dell'articolo 810 c. c., dall'altro nel linguaggio giuridico attuale l'insieme dei beni è più ampio di quello delle cose che possono formare oggetto di diritti. Questa è la naturale conseguenza dell'inclusione del legislatore tra i beni di quelli immateriali, che, presentando una certa utilità economica, possono generare rapporti e diritti che certamente non vertono su cose intese come percezioni del mondo fisico, come nel caso dell'azienda, laddove comprende, oltre a cose corporali, anche beni materiali, come marchi brevetti e altri diritti.

Il problema centrale è quello di comprendere rispetto a quali oggetti è possibile istituire un regime giuridico di appartenenza, come quello che si realizza con la creazione di un diritto a favore di un soggetto.

Certamente la Costituzione non favorisce l'idea che da una parte vi sia il soggetto e dall'altra l'oggetto. I beni vengono piuttosto visti come uno degli ambiti in cui si sviluppa la personalità umana in tutte le sue variegate articolazioni. Pertanto, essa distingue tra proprietà pubblica e proprietà privata. Inoltre prefigura regimi diversi per i beni che servono al soddisfacimento di bisogni essenziali come il diritto di abitazione (art. 47, comma 2, Costituzione), beni necessari per lo svolgimento dell'iniziativa economica (artt. 41-47 Costituzione), beni necessari alla vita spirituale dell'uomo, come i beni culturali e paesaggistici (art. 9, comma 2, Costituzione) e così via. A proposito di quest'ultima norma, la recente modifica costituzionale circa della protezione degli animali esclude che questi possano considerarsi cose.

Inoltre, il codice civile non offre una risposta generale alla domanda fondamentale di cui sopra, pertanto bisogna fare riferimento alle indicate nozioni che ci derivano dalla scienza economica e quindi ai concetti di bisogno, di risorsa scarsa e di utilità.

Come è stato suggerito, la possibilità che determinati oggetti siano classificabili o meno come beni, non dipende tanto dal fatto che vi sono risorse disponibili a tutti (come il mare aperto, la luce solare, l'aria e così via) e risorse limitate, quanto, piuttosto, dal fatto che l'ordinamento non ha ragione di intervenire se non nel momento in cui vi è un concreto utilizzo di essi da parte di qualcuno.

In realtà, l'ordinamento utilizza le proprie categorie che elevano l'interesse materiale del soggetto al bene, soggettivizzandolo, solo ove ciò sia strettamente necessario e solo ove sia in grado di offrire la tutela corrispondente, come nel diritto soggettivo di proprietà.

La tendenza attuale si fonda sul fatto che nessuna risorsa è disponibile in modo illimitato. Pertanto un regime non regolamentato di libera appropriazione di tali risorse può provocarne l'esaurimento in meno tempo di quanto si pensi.

Dall'analisi economica del diritto si apprende che solo a determinate condizioni il regime di comunione dei beni istituito senza ripartizioni di quota è sostenibile anche nel lungo periodo. Basti pensare alla possibilità di consumare liberamente l'aria nelle zone urbane, che ha condotto a un inquinamento atmosferico senza precedenti nelle parti urbanizzate del mondo.

L'analisi economica del diritto suggerisce quindi di togliere dalla condizione di oggetto liberamente appropriabile tutto ciò che si intende proteggere.

Il tema del bene come oggetto di diritto si intreccia con quello dell'oggetto del contratto, nonché con l'oggetto del provvedimento favorevole prodotto dal procedimento amministrativo, che tendono ad essere beni in sé o comunque idonei a creare beni. Di questo non è possibile ora occuparsi.

3. L'insufficienza del criterio dell'appartenenza per stabilire la differenza tra bene pubblico e bene privato.

Mentre la Costituzione parla di proprietà pubblica e privata, il codice civile distingue tra beni pubblici e beni privati. L'uso disinvolto dei termini non genera soverchie preoccupazioni nell'interprete, dato che il vero problema è quello di comprendere se la differenza tra i due tipi di proprietà dipenda dalle qualità intrinseche dei beni, ossia dalla loro diversa natura, o solo dall'appartenenza del bene, cioè dal collegamento formale tra oggetto e soggetto. Per l'osservatore occorre verificare se siano assoggettati ad un regime giuridico diverso, altrimenti non vi sarebbe ragione di distinguerli.

Il criterio dell'appartenenza non è sufficiente a cogliere la differenza tra proprietà pubblica e privata, poiché non tutti i beni della pubblica amministrazione sono sottoposti al regime particolare. Lo sono solo quelli demaniali e patrimoniali indisponibili, mentre quelli patrimoniali disponibili ricevono un trattamento del tutto simile a quello dei beni appartenenti ai privati. Peraltro esistono alcuni beni di proprietà privata che hanno finalità pubbliche e per questo sono assoggettati ad un regime particolare; ne sono esempio le autostrade costruite e gestite da privati, i boschi e le foreste private, i beni privati di interesse storico archeologico artistico.

Sicché per qualificare il bene come pubblico non è sufficiente il criterio soggettivo, che va integrato con quello oggettivo, ossia con l'applicazione a tale bene di un particolare regime giuridico. Possono essere riconosciuti beni pubblici solo quelli appartenenti alla pubblica amministrazione, i quali sono anche assoggettati ad una disciplina specifica. Tali sono i beni demaniali e quelli patrimoniali indisponibili.

Il diverso regime giuridico comporta la "riserva" in favore dei pubblici poteri di potestà fondamentali rispetto all'utilità che il bene può fornire in ragione della sua natura. Pertanto essi non possono appartenere a soggetti privati.

Il raffronto giuridico tra proprietà pubblica e privata è stato nel tempo oggetto di riflessione ed analisi e si caratterizza per l'essere strettamente connesso con i bisogni sociali e i mutamenti economici. Ogni trasformazione sociale, infatti, incide necessariamente sul concetto di proprietà.

Proprio i cambiamenti sociali sono stati alla base del superamento della logica unitaria della proprietà a favore di una visione in virtù della quale vi sono piuttosto delle proprietà o statuti diversi in armonia con gli scopi perseguiti.

Nell'evoluzione dei rapporti economici e sociali si è assistito ad un passaggio da uno Stato gestore a uno Stato sempre più regolatore, assetto che ha di fatto rimodulato il confine tra proprietà pubblica e proprietà privata; ciò anche alla luce di un diritto europeo attento ad assicurare parità di trattamento tra impresa pubblica e impresa privata, oltre al fatto che i processi di privatizzazione non hanno, di fatto, ridimensionato il ruolo dello Stato nell'economia.

La scelta privatistica non ha, infatti, implicato il superamento dei vincoli pubblicistici, essendo il diritto privato inidoneo ad assicurare all'azione buon andamento e imparzialità. L'opzione per il modello privatistico ha però inevitabilmente imposto il rispetto di logiche imprenditoriali e regole di mercato nella consapevolezza che anche i beni di natura pubblica debbono soggiacere al criterio della economicità. In quest'ottica si è assistito al trasferimento di beni pubblici, demaniali e quelli facenti parte del patrimonio indisponibile, a soggetti privati, spesso a totale controllo pubblico, al fine di garantirne una più efficiente gestione. Talvolta nel rispetto delle finalità proprie dei beni stessi si è, quindi, assistito ad un superamento della concezione classica della proprietà pubblica, in particolare per quanto attiene al profilo della necessaria appartenenza del bene al soggetto pubblico.

4. Il bilancio degli enti pubblici e la sua natura di bene pubblico.

Nella discussione intorno ai beni pubblici è comparso il bilancio pubblico, che non viene più considerato come un documento meramente contabile-finanziario e le leggi che li approvano non sono meramente formali ma sostanziali, visto che hanno effetti giuridici diretti rispetto alle situazioni giuridiche facenti capo a enti pubblici, persone fisiche e persone giuridiche private.

L'idea di considerare il bilancio come bene pubblico, se non addirittura come bene comune, non è affatto peregrina, atteso che esso sfugge alla forza attrattiva delle categorie del patrimonio autonomo, separato e segregato, anche se di quest'ultimo "l'impegno di spesa" ne ricorda taluni tratti, quali l'effetto di destinazione. Parimenti non si adatta alla categoria della proprietà collettiva, in quanto si dovrebbe immaginare che i titolari siano da individuare nei contribuenti, presso i quali le risorse vengono attinte con l'utilizzo dei procedimenti impositivi, oppure che la titolarità si radichi in capo all'ente che dispone delle risorse tratte dalla fiscalità generale. Ma ciò non è nella realtà giuridica, anche se la tutela possibile dei soggetti incisi potrebbe essere assimilata a quella che si registra proposito di beni comuni.

Certamente la Corte costituzionale ritiene ormai pacificamente che il bilancio sia un bene pubblico, nel senso che è funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente territoriale. Come bene pubblico esso deve dare tutela prioritaria a precisi interessi costituzionali (sentenze n. 62 del 2020, nn. 10 e 184 del 2016 e n. 49 del 2018 della Corte costituzionale).

In sintesi, la nuova concezione del bilancio quale bene pubblico configura un assetto delle pubbliche amministrazioni improntato alla logica del risultato anziché a quella, meramente formale, dell'adempimento. Quando il risultato manca scattano le forme di tutela a tutti i livelli previsti dall'ordinamento.

5. La necessità dell'ordinamento di collegare il bene al soggetto che diventa titolare di diritti e interessi legittimi aventi ad oggetto "l'utilitas" che deriva da esso.

La nozione di proprietà pubblica si ricava dall'art. 42 della Costituzione, come più volte ricordato, nonché dagli artt. 822-831 del codice civile, che trattano specificatamente di beni pubblici.

Il libro terzo del codice civile "della proprietà", seguendo l'impostazione del codice Giustiniano, al capo I, si apre con la "nozione" di bene (art. 810), alla quale seguono la "distinzione dei beni" (art. 812), la disciplina delle "universalità di mobili" (art. 816) e delle "pertinenze" (artt. 817-819). Nel capo secondo vengono presi in considerazione i beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e a quelli ecclesiastici. In particolare l'art. 822 c. c. non parla di proprietà pubblica, ma di demanio pubblico, comprensivo del lido del mare, della spiaggia, delle rade, dei porti, dei fiumi, dei torrenti, delle altre acque definite pubbliche per legge (demanio necessario), a cui si aggiungono le strade, le autostrade, le strade ferrate, gli aerodromi, gli acquedotti e gli immobili riconosciuti di interesse storico archeologico artistico a norma delle leggi in materia (demanio accidentale).

Da ciò si ricava che i beni demaniali non coincidono con la proprietà pubblica. Possono, infatti, esistere beni che, pur rientrando nella tipologia dei beni demaniali, non sono di proprietà pubblica. Il che consente di dire che la norma costituzionale, essendo più generale di quella del codice civile, coglie meglio la proprietà pubblica nella sua realtà.

Come si diceva, il problema è quello di comprendere se sia possibile individuare dei connotati specifici della proprietà pubblica che la diversifichino da quella privata. Come pure si diceva, il criterio dell'appartenenza anche se è il primo che l'ordinamento considera, non è sufficiente a individuare esattamente la proprietà pubblica. Questo risponde piuttosto all'esigenza che l'ordinamento ha di dover collegare il bene ad un soggetto, tanto è vero che i beni in attesa di proprietario sono situazioni transitorie.

Se si guarda il problema dall'angolazione della titolarità, si riscontra che le situazioni soggettive sono perfettamente identiche, ossia il rapporto tra il proprietario, pubblico privato, ed il bene è lo stesso. Quindi bisogna ricercare altrove la differenza.

Sicuramente vi sono delle diversità nei modi di acquisto, nel senso che il soggetto pubblico ha a disposizione alcuni particolari strumenti, quali la confisca o la requisizione, e può utilizzare anche altri strumenti pubblicistici, che si aggiungono a quelli a disposizione del soggetto privato. Basti pensare, oltre alla cessione, anche all'occupazione acquisitiva, al testamento, al contratto (e a tutti i modi di trasferimento di diritto comune). Infatti il soggetto pubblico può utilizzare l'espropriazione o l'acquisizione al patrimonio ex artt. 43 e 43 *bis* del testo unico delle espropriazioni; strumenti questi che presuppongono una posizione di potestà pubblica.

Per quanto riguarda il trasferimento del diritto di proprietà mentre il soggetto privato agisce in base al principio dispositivo, sicché, per cedere il bene, è sufficiente che ne abbia la piena disponibilità, il soggetto pubblico non ha questa facoltà, a meno che non si tratti di beni patrimoniali disponibili.

La necessità dell'appartenenza, è confermata dalla disciplina della successione *mortis causa*, in base alla quale, ove non vi siano soggetti successibili, ossia eredi entro il sesto grado, la proprietà del bene rimasta vacante, viene acquisita dallo Stato. Ciò accade proprio perché non è ammessa la mancanza di collegamento tra un bene e un soggetto giuridico, cioè l'individuazione di un proprietario. I beni privi di titolare quindi diventano di proprietà dello Stato e sono beni pubblici.

6. La critica della tripartizione classica dei beni pubblici.

Tralasciando finalmente il problema dell'appartenenza e quello del trasferimento del diritto di proprietà pubblica, occorre fare un cenno ai modi di disposizione dei beni pubblici, prendendo le mosse dalla tradizionale tripartizione in beni demaniali, patrimoniali indisponibili e disponibili.

Il regime cui sono sottoposti i beni demaniali è caratterizzato dalla inalienabilità, non usucapibilità, imprescrittibilità del bene stesso. La qualificazione di bene demaniale dovrebbe essere sempre formale, nel senso che anche per i beni ascrivibili al demanio necessario la demanialità dovrebbe essere dichiarata in un provvedimento amministrativo seguita dall'iscrizione del bene in elenchi, attualmente tenuti dall'agenzia del demanio e in precedenza dal Ministero delle Finanze. Tuttavia, il tipo di bene compreso nel demanio necessario ai sensi dell'articolo 822 c. c. deve comunque qualificarsi demaniale, anche se non sia dichiarato tale e non sia iscritto nell'apposito elenco.

Si insegna che il bene demaniale inalienabile qualora venga venduto, nonostante l'impedimento di natura sostanziale, l'ordinamento reagisce con la sanzione della nullità per impossibilità dell'oggetto, ai sensi dell'articolo 1418, comma 2, c. c.

Il bene patrimoniale indisponibile invece si differenzia da quello demaniale perché può essere trasferito, seppure con il limite di mantenere invariata la destinazione che ha per natura o per atto amministrativo. Sicché, il negozio di trasferimento si considera annullabile per errore qualora non venga rispettata tale destinazione.

In questi casi la giurisprudenza si muove in due direzioni: a volte qualifica il vizio come errore di diritto, facendo riferimento ad un provvedimento di dubbia interpretazione che sembrerebbe aver mutato destinazione al bene, altre volte come errore sulla qualità del bene stesso.

Nelle voci classiche dei trattati e dei manuali i beni pubblici vengono ancora trattati in base ai concetti tradizionali dell'appartenenza, della demanialità, della indisponibilità o disponibilità, della inusucapibilità, della concessione, come si diceva.

Il regime della “riserva” è tuttavia separato dal regime dell'appartenenza, per cui possono aversi: a) beni senza avere un'appartenenza come le cose comuni, quali il mare l'aria l'etere l'uso dei quali perciò regolato dai pubblici poteri; b) beni appartenenti a pubbliche amministrazioni in uso esclusivo agli stessi, come i beni del demanio militare e quelli formanti il loro patrimonio indisponibile perché collegato strettamente ad attività che vi si svolgono.

Tra queste due categorie estreme stanno altre due categorie intermedie: c) in una vi è l'appartenenza alla collettività, ma al pubblico potere spettano la potestà di disposizione e di regolazione dell'uso, come avviene per i beni in uso collettivo, quali le strade il lido del mare i fiumi e i laghi; d) nell'altra vi è l'appartenenza del pubblico potere, ma questa si risolve nella potestà di stabilirne la utilizzazione, che è di privati, come avviene per le miniere.

Dunque, per verificare l'attualità della distinzione tradizionale occorre fare riferimento al concetto di “riserva” e di “destinazione”. Tutto il problema della demanialità è basato su questi istituti, che sono sufficienti a spiegare il fenomeno.

Esistono infatti dei beni che per loro natura non possono appartenere a soggetti diversi dallo Stato.

Non a caso una dottrina (Cerulli Irelli), da sempre attenta a questi temi, ritiene che una categoria propria e separata di beni pubblici sussiste soltanto con riferimento ai beni che sono pubblici perché sono del popolo e perché da esso direttamente utilizzati. La proprietà pubblica in questa ricostruzione, che dichiaratamente ritiene inadeguata al diritto positivo la sistematica codicistica, si caratterizza per la presenza di un regime derogatorio al diritto comune, ma al di fuori di tale deroga, esso si riepanda. Non vi sarebbe nessuna ontologica differenza tra i due tipi di proprietà. Pertanto si individuano tre specie di beni pubblici: i riservati; quelli a destinazione pubblica e i beni collettivi.

Occorre, a tal proposito, ricordare la diversa classificazione proposta da M. S. Giannini, che ha messo in discussione la tripartizione, gettando anche le basi delle discipline sui beni culturali e ambientali. La classificazione gianniniana non è basata sull'elemento descrittivo (demanio necessario e accidentale, patrimonio disponibile o indisponibile), ma su due interrogativi: a chi e a cosa servono i beni pubblici.

Le risposte risolvono il problema dell'appartenenza e delle relazioni giuridiche tra i soggetti pubblici e privati il cui oggetto è un bene. Sicché, l'Autore individua alcuni beni a fruizione collettiva, altri a uso esclusivo dello Stato (difesa), altri ancora destinati al consumo (arredi), oppure solamente gestiti (foreste miniere) o soggetti a regime privatistico (edifici).

Certamente se si utilizza la distinzione tradizionale, esaminando la tipologia dei beni patrimoniali indisponibili, si scopre che i più importanti sono le foreste, le cave, le miniere e i beni culturali.

7. La tendenza a valorizzare il bene per il suo valore d'uso anziché di scambio. I beni comuni.

I beni pubblici sono solitamente intesi come quelli dei quali le pubbliche amministrazioni si avvalgono per il raggiungimento dei loro scopi, siano o non siano tutti di loro esclusiva appartenenza. Si è soliti insistere sull'alternativa tra i beni demaniali e beni patrimoniali indisponibili. Ci si muove ancora all'interno di questa alternativa quando, specie in periodi di grave crisi dei bilanci pubblici, si avviano processi di privatizzazione volti a spostare, in chiave di titolarità, alcuni beni dal pubblico al privato.

Tuttavia nell'esperienza contemporanea, il bene -inteso come entità materiale capace di soddisfare un'esigenza del soggetto- tende sempre più a svincolare la propria tutela dal profilo della titolarità, per proiettarla sul piano dell'utilizzazione o del godimento.

Dottrine recenti (Lipari) considerano emblematici di questa realtà i cosiddetti beni comuni, destinati per loro natura ad una fruizione diffusa e, quindi, intrinsecamente sottratti ad ogni forma di titolarità sia di natura pubblica sia di natura privata.

Con l'espressione beni comuni ci si intende genericamente riferire ad una risorsa condivisa da un gruppo di persone; gruppo che può essere ristretto o ampio. Ciò lascia intendere che, nel processo evolutivo delle classiche categorie giuridiche, già chiaramente in atto all'inizio del nuovo millennio, l'alternativa pubblico-privato non vale più a designare ciò che è di tutti, rispetto a ciò che appartiene solo ad alcuni.

L'alternativa pubblico-privato non è più in grado di assorbire tutta la teoria dei beni, perché vi sono dei beni così intimamente connessi alle più essenziali esigenze di vita dell'uomo che si sottraggono a qualunque forma appropriativa, non potendo che appartenere a tutti. Beni, cioè, rispetto ai quali l'attribuzione si pone come un "a priori" in chiave di riconoscimento, non come effetto in termini di attribuzione o concessione da parte dell'ordinamento. Si tratta di un criterio qualificativo che va al di là dello stesso principio consegnatoci dall'art. 42 della Costituzione circa la funzione sociale della proprietà, e che non si riconnette in alcun modo ad obblighi o comportamenti imposti al titolare (Lipari).

La qualità di bene comune, intesa come intrinsecamente connessa ad un godimento generale e indifferenziato, che pure non esclude forme di godimento individuale, contrasta, in radice e fin dall'inizio, con ogni ipotesi di proprietà esclusiva e sottrae, quindi, il bene ad ogni meccanismo di scambio legato a criteri valutativi del valore d'uso. Si potrebbe addirittura dire che l'idea di bene comune precede la solidarietà, perché esclude in radice ogni qualificazione o attribuzione a carattere individualistico.

Si tratta di una categoria che, tuttavia, presenta una certa volatilità e irriducibilità ad un unico parametro. Della categoria dei beni comuni, della loro definizione e individuazione si è occupata una commissione ministeriale (istituita con decreto del ministero della giustizia del 21 giugno 2017 al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici, meglio nota come Commissione Rodotà), che "qualifica i beni pubblici come le cose che esprimono utilità funzionale all'esercizio dei diritti fondamentali, nonché al libero sviluppo della persona".

La definizione così fornita rimane comunque incerta, posto che i diritti fondamentali sono suscettibili di implementazione in funzione di fattori storici e ambientali; e lo sviluppo della persona rimane un criterio indeterminato e certamente non riconducibile agli indici oggi

utilizzabili. La riferibilità del bene (quindi dei modi della sua tutela) ad una indistinta comunità nasce dunque dall'esito di un procedimento valutativo rimesso alla determinazione giudiziale.

Da qui la difficoltà di fornire un elenco di beni comuni che non determini controversia in ordine alla qualificazione. Il riferimento non è, infatti, a beni come l'acqua o l'ambiente, ma si è esteso ad indici non facilmente identificabili nella loro portata oggettiva, quali il sapere, la conoscenza, il genoma umano, la sanità, l'università e Internet.

Anche la Corte di cassazione si è occupata di essi. I giudici di legittimità, ragionando in tema di individuazione di beni pubblici o demaniali, esplicitamente affermano la necessità di uscire dai confini della disciplina codicistica e da quella che definiscono l'oramai datata prospettiva del *dominium* dei romanisti, per riconoscere che vi sono beni che, "essendo strumentalmente collegati alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini, debbono essere considerati "comuni prescindendo dal titolo di proprietà". È chiaro che, in tal modo, si rompe il tradizionale rapporto tra soggetto ed oggetto; e la tutela del bene viene svincolata da qualsiasi riferimento ad un profilo di titolarità.

La via da seguire è stata indicata, anche se non sarà semplice delineare uno statuto condiviso dei beni comuni. Tuttavia siffatti beni, nonostante le incertezze classificatorie, sono destinati ad avere un ruolo crescente nella dinamica dei rapporti giuridici e nella determinazione di ciò che è pubblico e ciò che è privato.

L'indicazione della comunità di riferimento appare difficile, fermo il sicuro superamento del criterio statualistico della cittadinanza. Ma la mancanza di una disciplina unitaria della categoria non deve indurre a negarne la rilevanza.

Anzi proprio al bene comune bisogna ricorrere per risolvere problemi molto concreti, come il diritto di accesso al mare, a proposito del quale si scontrano gli interessi dei concessionari degli stabilimenti balneari con quelli che reclamano il libero accesso all'uso della battigia, senza escludere l'interesse ad una maggiore agibilità di coloro che utilizzano le strutture a pagamento.

In effetti, il mare territoriale non costituisce un bene demaniale o patrimoniale dello Stato ma rientra piuttosto nelle *res communes omnium*.

La giurisprudenza civile e quella amministrativa hanno entrambe intrapreso la via che porta a considerare il demanio marittimo come direttamente e inscindibilmente connesso con il carattere pubblico della sua fruizione collettiva, rispetto alla quale l'esclusività che nasce dalla concessione costituisce un'eccezione. Peraltro anche il legislatore ha dovuto prendere atto di ciò laddove ha stabilito l'obbligo per i titolari di consentire libero e gratuito transito per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione (legge finanziaria n. 296/ 06, art. 1, commi 251 e 254).

8. Il bene comune e la realtà digitale.

L'istituto dei beni comuni, che sembra costituire la prova dello svincolarsi progressivo della tutela dei beni da ogni profilo di appartenenza e, quindi, dalla previa attribuzione ad una

titolarità soggettivamente imputabile, ha indotto, dunque, una parte della dottrina ad elaborare una nozione di beni comuni (o se preferiamo di proprietà comune) come un istituto diverso, anzi alternativo rispetto al dominio sia privato sia pubblico.

Inutile ricordare che nella tradizione giuridica, il bene comune è stato sempre visto come una eccezione al sistema fondato sulla proprietà come diritto soggettivo assoluto. Non a caso le forme di proprietà collettiva (quali il legnatico, lo stallatico, gli usi civici e così via) erano tutto sommato marginali anche presso le comunità agricole del passato. A ciò bisogna aggiungere che altre forme aggregative, come il condominio, hanno sempre goduto nella tradizione romanistica di un certo sfavore, legato alla concezione secondo cui ciascuno dei condomini è proprietario della quota ideale in cui è scomponibile il bene. A tale concezione si contrapponeva quella di tipo germanico, secondo cui la titolarità in capo al gruppo e non era scomponibile in quote, per cui il rapporto titolarità-bene comune era più resistente nel tempo, ma anche più rispettosa della vocazione all'uso collettivo del bene.

Nell'era digitale che caratterizza l'odierno futuro, Internet sembra aspirare ad eliminare ogni differenza per via della portata globale delle relazioni umane e, quindi, giuridiche che vi si instaurano. Certo è che la Rete è diventata centrale, in quanto fonte di conoscenza e informazione; il che pone al giurista il problema della scelta fra tutele individuali e collettive.

Questo rompe anche i paradigmi riferiti ai beni immateriali.

Nel disegno costituzionale, i privati e le istituzioni pubbliche debbono armonicamente agire per la realizzazione dell'interesse generale della comunità nazionale e delle comunità locali, di cui la prima si compone. Se l'indicato disegno viene calato nella nuova realtà, dove la rete Internet sembra aspirare ad eliminare ogni differenza per via della portata globale e senza frontiere delle relazioni umane e giuridiche, viene naturale ripensare al nuovo ruolo degli Stati nazionali della comunità internazionale.

Certo è che a proposito della Rete vengono in rilievo l'art. 2 della Costituzione, laddove stabilisce che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. A ciò va aggiunto l'art. 3, comma 2, laddove stabilisce che il compito della Repubblica è rimuovere gli ostacoli di ordine economico sociale che impediscono il pieno sviluppo della personalità umana e l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del paese, che, nel caso di specie, si traduce nel fare in modo che tutti cittadini possono utilizzare agevolmente lo strumento telematico.

Una volta assicurata l'accessibilità di tutti ad Internet, l'articolo 2 va associato alle varie altre norme in cui si concretizza lo sviluppo della personalità, ossia l'art. 15, laddove si ponga un problema di rispetto delle comunicazioni interpersonali; l'art. 21, per la tutela della libertà di espressione; l'art. 33, per i progetti *e-learning*, o per i collegamenti tra scienziati; l'art. 41 per l'attività imprenditoriale *on-line* e così via.

Con un sano empirismo, il legislatore tende ad agire sul procedimento e sul processo amministrativo e civile, in base alla giusta considerazione che Internet è solo uno strumento, anche se la sua pervasività può incidere sulla forma e la sostanza dell'azione amministrativa.

Tutto questo per dire che la teoria dei beni comuni sembra adattarsi perfettamente alla nuova realtà virtuale, laddove si consideri che in essa non hanno nessun rilievo le classiche forme giuridiche di appartenenza, mentre ha un rilievo sempre più vistoso l'aspetto della Rete come sviluppo della personalità umana. Basti pensare ai *social network*, che sono le nuove formazioni sociali, dove si trovano riuniti tutti gli elementi costitutivi di questo istituto sommamente protetto dalla Costituzione, ossia la riferibilità ad un insieme di soggetti, lo scopo comune di tali aggregazioni e il requisito psicologico interno ai componenti della formazione, ossia la volontà di ciascuno di farne parte e di voler perseguire gli scopi che essa si propone. Naturalmente quando tale scopo, unitamente all'organizzazione del consenso, è lo stesso dei partiti politici la materia diventa incandescente.

9. La vocazione pubblica dei beni privati.

Fare leva sul concetto di appartenenza non è sufficiente a qualificare un bene come pubblico, poiché esistono anche beni di proprietà privata che, tuttavia, hanno una connotazione pubblicistica.

Sicché, uno dei problemi più importanti in materia di beni pubblici non riguarda tanto i poteri dell'amministrazione sui suoi beni, ma i poteri dei privati sui loro beni, che, per natura intrinseca, hanno delle connotazioni particolari, o meglio, una valenza pubblicistica. In questo aspetto si trova il collegamento con il concetto di funzione sociale della proprietà.

È necessario chiarire, preliminarmente, che esistono alcuni beni che, sia sotto il profilo dell'appartenenza sia sotto il profilo della loro valenza intrinseca, rimangono a tutti gli effetti di proprietà dei privati; tuttavia possono essere oggetto di provvedimenti amministrativi.

Sappiamo che un qualsiasi bene privato, se rientra in un programma di realizzazione di opera pubblica, può essere espropriato, e, quindi, può entrare nel patrimonio pubblico a prescindere dal suo statuto. Invece, alcuni beni vengono attratti nell'area del patrimonio pubblico non per perseguire interessi pubblici, ma per il valore particolare che hanno in ragione della loro natura intrinseca. È il caso, per esempio, dei fondi su cui insistono cave o miniere, oppure dei beni culturali.

Tuttavia, poiché la norma costituzionale richiede che la collettività possa godere di tali beni, occorre perseguire questa finalità garantendo la fruibilità dei beni culturali da parte dei cittadini, a prescindere dall'appartenenza degli stessi alla pubblica amministrazione o a soggetti privati.

Per il bene culturale di proprietà privata si può seguire la concezione, basilare nel sistema, di una proprietà "gestoria", ossia di una gestione da parte del privato della materialità del bene ma non del suo valore culturale, sul quale, al contrario, non ha alcun potere in ragione della naturale vocazione collettiva del bene stesso.

In termini più distesi, il bene culturale, ivi compresi i beni paesaggistici, è caratterizzato dal fatto che alla sua 'materialità' si aggiunge il 'valore (immaterialità) culturale', che rimane fermo e sempre soggetto alla valutazione dell'amministrazione quando venga interessato da una vicenda circolatoria. Orbene, le due componenti si scindono sia idealmente sia sul piano

giuridico, al pari di come nella proprietà gestoria si scinde la titolarità formale del diritto di proprietà dalla gestione concreta del bene. Sicché, la gestione materiale del bene da parte del privato è condizionata dalla immanente presenza del valore culturale in attribuzione esclusiva alla autorità pubblica; il che significa che la legge e le disposizioni dell'autorità proiettano sul bene un regime giuridico particolare, conformandolo. Il contenuto della conformazione è fatto di limiti e direttive a carico del gestore. Questo al pari di quel che accade nelle prescrizioni contenute nel negozio fiduciario e nel negozio di destinazione. In concreto, il privato gestisce il bene per conto proprio e per conto dell'amministrazione.

Pertanto si può dire che detto fenomeno è analogo a quello del negozio di destinazione, dove anche nel nostro ordinamento, come in quello inglese che prevede l'istituto del *trust*, è possibile distinguere tra proprietà utile (titolarità), e proprietà eminente (gestoria).

La categoria della "proprietà gestoria" non era ammessa perché non si riconosceva la causa fiduciaria e, soprattutto, perché non si riteneva possibile separare la titolarità del diritto dall'esercizio dei poteri ad esso relativi, se non nei casi previsti espressamente dalla legge.

Il negozio di destinazione ora consente di separare la proprietà gestoria dalla titolarità. Sicché, il proprietario, ad esempio di una tomba etrusca, è titolare di una situazione giuridica soggettiva di "proprietà gestoria", perché i suoi poteri si fermano di fronte all'interesse culturale del bene. Egli, ha solo il diritto di gestire il bene culturale, rispettando l'obbligo di non alterarlo, ed ha, inoltre, l'onere di farlo godere alla collettività.

Oggi è pacificamente ammesso che un privato possa gestire il suo bene, traendone anche dei vantaggi di natura economica, e al tempo stesso garantire alla collettività di usufruirne, ma negli anni '90 ciò non sembrava possibile.

Si può concludere affermando che il bene culturale è oggetto di rapporti complessi, ammessi e disciplinati dal codice dei beni culturali, nei quali spesso gestione e titolarità del diritto di proprietà si scindono. Il rapporto di gestione si configura sia in capo allo stesso privato sul proprio bene e sia in capo al concessionario-imprenditore che lo utilizza a fini economici, ed entrambi hanno l'obbligo di salvaguardarne la destinazione e di far godere -nella prima ipotesi ove possibile- alla collettività il bene stesso.

10. La proprietà conformata.

In un discorso generale sulle molteplici interferenze tra beni pubblici e beni privati non si può omettere di considerare la cosiddetta proprietà conformata, su cui alla fin fine si fonda il nostro sistema.

Sia la Costituzione (art. 42) sia il codice civile (art. 832) riconoscono la proprietà nei limiti in cui abbia una 'funzione sociale'.

Secondo una lettura tradizionale il diritto di proprietà è concepito come un insieme di poteri e facoltà spettanti al proprietario senza limitazioni interne. Sicché, il proprietario potrebbe agire sul suo bene come crede, con l'unico limite posto dal divieto di compiere atti emulativi e immissioni nell'altrui proprietà. Esisterebbero quindi solo dei limiti esterni.

Invece si è affermato lentamente un altro principio secondo cui esiste solo un “nucleo minimo” del diritto di proprietà; principio che era stato individuato dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 5/1980. La corte costituzionale in quella sentenza afferma che “... Il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà e alle altre situazioni che comprendono la legittimazione a costruire anche se di esso sono stati tuttavia compressi e limitati portata e contenuto, nel senso che l’avente diritto può costruire solo entro i limiti, anche temporali, stabiliti dagli strumenti urbanistici”. La Corte ha quindi confermato la lettura tradizionale secondo cui il proprietario conserva tutti i poteri facoltà relativi al suo diritto, nonostante le leggi abbiano “... disposto la conformazione edilizia del territorio e condizionato la edificabilità dei suoli, nei casi in cui essa è prevista dagli strumenti urbanistici, al rilascio di una concessione...”.

Il giudice delle leggi ha affiancato al “contenuto minimo del diritto di proprietà” il riconoscimento di un modello di “proprietà conformata”; e ciò innanzitutto per ragioni storiche risalenti all’esperienza inglese da cui deriva la formula “funzione sociale”.

Le letture tradizionali della norma sono state varie. La più luminosa (Rescigno), per chiarezza e precisione, è quella secondo cui la funzione sociale della proprietà va riferita non al diritto soggettivo, ma all’istituto, che uno dei pilastri su cui si fondano i rapporti della comunità.

Infatti, se si esaminano i rapporti privati emerge che, se si è titolari di un diritto di proprietà, lo si può esercitare senza condizionamenti esterni, tra i quali può comprendersi il principio generale della funzione sociale. Il diritto soggettivo di proprietà, infatti, non riceve nessuna connotazione dalla formula “funzione sociale”. Sicché, questa formula, riconosciuta anche dalla giurisprudenza, deve riferirsi alla proprietà come istituto e non come diritto soggettivo.

Nemmeno la giurisprudenza comunitaria sembra toccare tale impostazione, dato che i principi che la guidano sono quelli di uguaglianza, certezza del diritto e legittimo affidamento, che vengono in considerazione anche nella materia di cui si tratta. Certamente la teoria più moderna della proprietà (o meglio delle proprietà, al plurale) considera quest’ultima come espressione diretta del principio sancito dalla nostra Costituzione, della funzione sociale delle proprietà, secondo cui il diritto di proprietà ha un contenuto essenziale minimo. Il codice tratta della proprietà edilizia, di quella rurale, della proprietà collettiva, della comunione, ed oggi la legge disciplina anche quella turnaria.

In effetti la concezione moderna della proprietà conformata nasce dallo sviluppo della disciplina urbanistica basata sull’idea di un potere pubblico che ha, tra i suoi doveri, quello specifico di regolamentare l’assetto del territorio.

Con l’emanazione della legge generale urbanistica del 1942 sono stati introdotti i piani regolatori generali; e ciò non è stato naturalmente un evento casuale. Al contrario, il legislatore ha voluto modificare il modo di concepire la proprietà, ponendo a carico del Comune l’obbligo di utilizzare gli strumenti urbanistici quali il piano regolatore, il programma di fabbricazione, il regolamento edilizio e le convenzioni urbanistiche. Esso ha voluto non solo che fosse disciplinato l’assetto del territorio, ma ha voluto soprattutto incidere su una delle facoltà essenziali del diritto di proprietà, ossia il diritto di costruire.

11. La volumetria, i diritti edificatori e l'espropriazione di valore. Il credito edilizio.

L'istituto della proprietà conformata richiama quelli della vendita di volumetria, dei diritti edificatori e dell'espropriazione di valore dei beni.

Infatti, mentre i primi due costituiscono un esempio vistoso di creazione di beni attraverso il provvedimento amministrativo, il secondo viene visto non solo come un modo alternativo di sfuggire all'espropriazione -e che opera in presenza di un vincolo preordinato all'esproprio, dove il proprietario dell'area vincolata cede la medesima al Comune in cambio della disponibilità di una cubatura su di un'altra area, soprattutto a proposito della cosiddetta "compensazione edilizia"- ma anche come un esempio importante di combinazione e di scambio di beni pubblici e beni privati, giustificato dalla cura del territorio da parte dell'autorità amministrativa.

Qui si può solo ricordare che i diritti edificatori costituiscono un'evoluzione dei negozi di trasferimento di cubatura e di volumetria. Il minimo comune denominatore di essi consiste nella possibilità che la cubatura potenzialmente spettante ad una certa area edificabile possa essere utilizzata su un altro suolo, anch'esso edificabile, con il consenso del Comune e dei proprietari delle due aree, anche a prescindere da un'espressa previsione della norma di attuazione del piano o del regolamento edilizio.

Nonostante la continuità storica con la cessione di cubatura, che può essere considerata come la capostipite delle figure in esame, i diritti edificatori che emergono dalla legislazione nazionale e regionale sono vari e sono stati variamente classificati. Tuttavia essi possono essere ricondotti a tre figure fondamentali.

La prima figura è la cosiddetta "perequazione urbanistica", che consiste nell'attribuire anche ad aree qualificate dal piano non edificabili una cubatura potenziale da realizzare altrove, cioè su aree qualificate come edificabili, realizzando così la separazione tra la conformazione della proprietà e la distribuzione della edificabilità. In essa si assiste ad accordi tra privati e non con la pubblica amministrazione, anche se tali accordi a loro volta sono preceduti da un intervento dell'autorità comunale che assegna, in sede di pianificazione delle attività, un valore edificatorio uniforme a tutte le aree atte a concorrere alla trasformazione urbanistica del territorio comunale.

In altri termini, la pianificazione attuata con la finalità perequativa vuole porre rimedio alla legittima sperequazione degli atti di pianificazione urbanistica tradizionale, i quali, laddove individuavano in maniera unilaterale e autoritativa le diverse destinazioni dei suoli, creavano inevitabilmente discriminazioni ed iniquità, giacché venivano avvantaggiati titolari di terreni edificabili o vicini a infrastrutture e opere pubbliche, pregiudicando invece i proprietari di suoli non edificabili, lontani da dotazioni pubbliche.

Tra i tipi dei piani perequativi si distingue tra perequazione endoambito e perequazione diffusa. Nella prima essa si realizza in un perimetro fissato a monte dal pianificatore, nella seconda si ha una vera e propria smaterializzazione della dotazione volumetrica assegnata, attraverso appunto la creazione di un diritto edificatorio cedibile a titolo oneroso. In quest'ultimo caso tutto si fonda sul libero funzionamento del mercato nell'insieme dei suoli oggetto di trasformazione, prefigurando addirittura l'istituzione di una vera e propria 'borsa' di diritti edificatori.

Altra figura che viene in rilievo è la cosiddetta “compensazione urbanistica”, che, nell’attuazione del piano, si pone come alternativa all’espropriazione. In presenza di un vincolo preordinato all’esproprio, il proprietario dell’area vincolata cede la medesima al Comune in cambio della disponibilità di una cubatura su di un’altra area.

Infine, vi sono le cosiddette “premierità edilizie”, che consistono nell’attribuzione di un diritto edificatorio aggiuntivo in caso di raggiungimento di determinati obiettivi pubblici, in particolare per gli interventi di riqualificazione urbanistica ed ambientale.

Nelle ultime due ipotesi si tratta di singoli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni, titolari esclusivi della potestà in materia di governo del territorio e quindi anche di quella di costituire o modificare diritti edificatori.

Come suggeriscono i contributi della dottrina urbanistica, l’ipotesi della istituzione di titoli volumetrici (compensativi o premiali) rientra tra i procedimenti di urbanistica cosiddetta consensuale, in funzione compensativa o incentivante appunto.

A proposito di tali istituti si è parlato di “credito edilizio”. Ma questa è un’espressione atecnica.

Infatti, il privato, a seguito dell’accordo con il soggetto che gli ha ceduto la propria capacità edificatoria, non vanta nei confronti della pubblica amministrazione nessun diritto ad edificare, bensì solo la legittimazione ad aprire il procedimento per ottenere il permesso di costruire. Né tanto meno il soggetto che gli ha ceduto il suo credito edilizio poteva garantirgli tale risultato.

Pertanto si tratta di un normale interesse legittimo pretensivo. Il che significa semplicemente che, pur prendendo origine da un dato terreno di proprietà, è in grado di circolare più o meno liberamente, anche più volte nel tempo, fino a che non vi sarà un soggetto che, aprendo il procedimento per il rilascio del permesso di costruire, ottenga l’assenso del Comune e realizzi la cubatura, sulla base delle norme urbanistiche.

Il punto più delicato riguarda la possibilità che il credito non si generi da un fondo, ma direttamente dallo strumento urbanistico comunale, laddove l’ente crei (e ceda) diritti edificatori per “autopoiesi”. In altri termini il bene volumetrico viene “creato” dall’atto amministrativo.

12. Il bene ambientale.

Il discorso generale sui beni non può escludere l’ambiente.

Attualmente la materia ambientale è disciplinata dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, che contiene oltre 300 articoli e una serie di allegati e che ha subito nel tempo molteplici modifiche e novelle.

Uno dei problemi più importanti che non sembrano risolti dall’attuale normativa in materia è quello della nozione di ambiente.

Va ricordato che la materia è stata isolata dalla dottrina più autorevole (Giannini), che ha lamentato il fatto che il problema dell'ambiente non veniva esaminato in sé e che veniva erroneamente in rilievo solo nell'ambito dello studio della disciplina del territorio o dei valori paesaggistici e culturali, oppure ancora dell'ecologia o della lotta all'inquinamento.

Il primo interrogativo che si sono posti gli studiosi ha riguardato la possibilità di considerare o meno l'ambiente un bene e, eventualmente, un bene individuale o collettivo. Essi hanno in primo luogo osservato che l'ambiente è sicuramente un bene che esorbita dalle sfere giuridiche individuali, avendo invece valenza super individuale. Nonostante non possa escludersi che il privato abbia una sorta di diritto soggettivo ad un ambiente salubre, esiste la consapevolezza che esso abbia anche una valenza collettiva.

Averlo definito come bene ha creato molti altri interrogativi.

Se, infatti, l'ambiente è un bene, tornano le questioni viste nelle pagine precedenti, ossia stabilire quali sono i suoi caratteri, se sia un bene tangibile, materiale o immateriale, e quale soggetto lo ha in attribuzione.

In ogni caso, l'approfondimento del problema ha portato ad escludere che l'ambiente sia un "bene". Esso è piuttosto un "valore" da salvaguardare con interventi legislativi e amministrativi che coesistono e si intersecano. Visto, quindi, come un valore unitario esso è al tempo stesso qualcosa di più e qualcosa di più di un bene.

In ogni caso la nozione di ambiente non è quella di bene collettivo in cui risalta l'interesse all'ambiente salubre, ma è piuttosto quella di bene legato alla salute del cittadino.

Se si percorre la storia del diritto ambientale si nota che inizialmente l'ambiente era considerato un bene collettivo rispetto al quale l'individuo non era titolare di un diritto.

L'uso di un bene collettivo da parte di chiunque, infatti, non viene costruito come un rapporto "soggetto-diritto soggettivo", ma, piuttosto, come rapporto "autorità concedente-concessionario", finalizzato ad un uso normale o straordinario. Sicché, un diritto individuale non è configurabile rispetto ad un bene collettivo.

Nel periodo storico in cui l'ambiente è stato considerato un bene collettivo, veniva in rilievo il diritto soggettivo alla salute poiché l'ambiente salubre rappresenta un presupposto necessario.

Il passaggio successivo, che ha portato ad un salto di qualità della tutela ambientale, è stata l'individuazione della causa della lesione del diritto alla salute nella violazione di norme sull'ambiente.

Appariva però difficile sostenere l'esistenza di una corrispondenza tra diritto alla salute e diritto all'osservanza delle norme ambientali, poiché la tutela dell'ambiente non era né preesistente né individuabile *tout court*; piuttosto derivava dal verificarsi di alcuni meccanismi amministrativi e legislativi.

Inoltre, l'ambiente non aveva una delle caratteristiche del bene pubblico. Quindi si è fatta strada l'idea, affermata ormai da anni dalla Corte Costituzionale, che l'ambiente non sia un

bene ma un valore trasversale, di cui deve tenere conto sia la legislazione sia l'attività amministrativa.

Chiarito che l'ambiente deve essere inteso come valore, tutto il sistema di tutele viene costruito rispetto al "valore" ambiente e non al "bene" ambiente.

È esemplare la recente modifica dell'art. 41 della Costituzione, laddove la protezione dell'ambiente deve caratterizzare ogni forma di attività economica.

13. Le conclusioni.

Le conclusioni di questo scritto vanno nel senso di un definitivo superamento della distinzione di cui al titolo, che ha ancora una qualche utilità sol che si rimanga ancorati alla oramai quasi inservibile distinzione tra proprietà formale e proprietà sostanziale dei beni, che postula la titolarità del diritto soggettivo in capo al soggetto pubblico o al soggetto privato.

Le considerazioni svolte si fondano sull'idea, del tutto personale, che tutto cospira nel senso che il giurista moderno deve procedere secondo una visione integrata del diritto pubblico e del diritto privato quando si accosta allo studio delle parti in cui normalmente si scompone l'esperienza giuridica, ossia l'attività, i soggetti, i beni, la responsabilità e le forme di tutela.

Questo è tanto più necessario quanto più si consideri che i beni immateriali sono creati direttamente dagli strumenti giuridici, attraverso l'isolamento delle specifiche utilità che da essi derivano. Inoltre la velocità delle negoziazioni non solo nazionali, ivi comprese quelle pubbliche che si realizzano nel procedimento amministrativo dove prevale la vocazione pubblica, aggiunge valore ai beni scambiati o utilizzati nella gestione. Da qui si aprono scenari veramente nuovi come l'affidamento di esse a strumenti digitali (beni strumentali) che diventano soggetti quando sono capaci di autodeterminarsi nell'elaborazione dei risultati della negoziazione medesima e nella comunicazione a terzi della volontà negoziale. Ma questa è un'altra storia.

*Relazione svolta al convegno "Diritto senza tempo. La terra e i diritti. Dialogo tra giuristi", tenuto a Ravello il 29 e 30 ottobre 2021. Gli atti sono in corso di pubblicazione per i tipi della Giappichelli.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2180 – 10 febbraio 2022

Autocertificazioni mendaci e automatica decadenza dai benefici (nota a Corte costituzionale n. 190 del 13/10/2021)

di Emanuela Concilio

Sommario: 1. La vicenda. - 2. Le eccezioni sollevate dall'Avvocatura Generale dello Stato. - 3. L'autocertificazione come istituto di semplificazione: criticità. - 4. La decisione della Corte costituzionale. - 5. Considerazioni conclusive.

1. La vicenda

La vicenda che ha dato luogo all'ordinanza del T.A.R. Puglia, sezione staccata di Lecce n. 92 del 30 gennaio 2020 di rimessione alla Consulta della questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 in relazione all'art. 3 Cost., prende le mosse dalla impugnazione, da parte di una società titolare di un patentino per la vendita di prodotti da fumo, del provvedimento con il quale, l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli rigettava l'istanza di rinnovo della suddetta autorizzazione e contestualmente ritirava il patentino per la vendita di generi di monopolio.

Accadeva che il titolare dell'attività commerciale, in violazione degli artt. 7 e 8 del D.M. 38 del 2013, ometteva di indicare, nella dichiarazione sostitutiva di atto notorio ex d.P.R. n. 445 del 2000 allegata all'istanza di rinnovo, alcuni debiti verso l'erario, consistenti in due cartelle esattoriali emesse dall'Agenzia delle entrate per il mancato pagamento del canone RAI per un biennio, sulla base dell'erroneo presupposto che il canone RAI non costituisse un tributo verso l'erario.

L'accertamento da parte dell'Agenzia di una dichiarazione risultata non veritiera, ai sensi dell'art. 76 del D.P.R. 445 del 2000, veniva considerato elemento idoneo e sufficiente ad interrompere “*il rapporto di fiducia con l'amministrazione*” e quindi a negare il rinnovo del patentino, a nulla rilevando l'adempimento di quanto dovuto da parte della istante prima dell'emanazione del provvedimento di diniego del rinnovo.

Il T.A.R. Puglia perveniva alla convinzione che il diniego fosse stato determinato esclusivamente dalla non veridicità della dichiarazione sostitutiva di atto notorio che accompagnava l'istanza e che pertanto esso si configurasse come “sanzione” eccessivamente gravosa, considerati l'entità del debito e l'adempimento spontaneo dell'intero importo.

Conseguentemente, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 per violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, espressione dei principi sanciti dall'art. 97 Cost., nonché del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2 Cost., nella misura in cui la norma, nel “sanzionare” le dichiarazioni mendaci con la decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento (emanato sulla base della dichiarazione non veritiera), avrebbe colpito in maniera indiscriminata condotte di rilievo differente. Non sarebbe, infatti, possibile graduare le conseguenze alla gravità del fatto, al suo disvalore e all'elemento soggettivo del dolo o della colpa del dichiarante. [1]

Tali conseguenze, secondo il giudice rimettente, avrebbero una valenza *lato sensu* sanzionatoria e sarebbero in ogni caso irragionevoli e sproporzionate, in quanto prescinderebbero dall'effettiva gravità del fatto e dalla sua incidenza rispetto all'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione, con la conseguenza di riservare il medesimo trattamento a situazioni oggettivamente diverse. Sicché, nei casi di non veridicità su aspetti di minima rilevanza concreta, potrebbero verificarsi conseguenze abnormi e sproporzionate rispetto al reale disvalore del fatto.

A supporto della propria tesi argomentativa, il giudice *a quo* richiama l'interpretazione “consolidata” della giurisprudenza amministrativa, secondo la quale “*la dichiarazione non veritiera, al di là dei profili penali, preclude al dichiarante il raggiungimento dello scopo cui la stessa era indirizzata e comporta l'automatica decadenza dai benefici ottenuti*” [2]

Il T.A.R. Puglia rileva come il rigido automatismo descritto sia lesivo dell'equilibrio fra le diverse esigenze in gioco, poiché idoneo a pregiudicare i diritti costituzionali del singolo; infatti, la finalità di semplificazione, tipica dell'istituto della autodichiarazione, si tradurrebbe nella diminuzione degli adempimenti a carico dell'amministrazione pubblica, a fronte di un'eccessiva autoresponsabilità del privato.

2. Le eccezioni sollevate dall'Avvocatura Generale dello Stato

L'Avvocatura Generale dello Stato si costituiva in giudizio sollevando eccezioni sia di rito che di merito.

In via preliminare, veniva eccepito il difetto di motivazione sulla rilevanza della questione sotto due profili: il primo in ordine alla descrizione della fattispecie concreta, relativamente al carattere definitivo dell'accertamento delle pendenze fiscali o morosità verso l'erario

richiesto dagli artt. 7 e 8 del D.M. n. 38 del 2013; il secondo in ordine al presupposto (teleologico) interpretativo del diniego del rinnovo.

Sotto il primo profilo, il giudice rimettente sosteneva la definitività dell'accertamento e della pretesa tributaria, ex artt. 7 e 8 del D.M. n. 38 del 2013 cit., di cui alle cartelle di pagamento del concessionario, trattandosi di cartelle esattoriali emesse per mancato pagamento dei canoni R.A.I. 2016 e 2017, avverso le quali l'istante non aveva intrapreso alcuna azione dinanzi all'Autorità Giudiziaria e anzi aveva provveduto all'integrale pagamento delle stesse.

Diversamente, l'Avvocatura Generale eccepiva che la sola indicazione dell'anno di riferimento del credito erariale, senza alcuna indicazione del giorno di notifica della cartella, non fosse idoneo a dimostrare il definitivo accertamento del credito erariale, non potendosi escludere né l'avvio di una procedura esecutiva, né la proponibilità del ricorso ai sensi del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46 (Riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo, a norma dell'articolo 1 della legge 28 settembre 1998, n. 337), ovvero dell'opposizione agli atti esecutivi, di cui all'art. 617 c.p.c.

Sotto il secondo profilo, la tesi argomentativa dell'Avvocatura poggiava sull'assunto secondo il quale il diniego del rinnovo non sarebbe derivato dalla falsità della dichiarazione in autocertificazione del richiedente, quanto piuttosto dall'assenza di uno dei requisiti indispensabili ai fini dell'adozione del provvedimento ai sensi del D.M. 38 del 2013 (Regolamento recante disciplina della distribuzione e vendita dei prodotti da fumo) e consistente nella insussistenza di pendenze fiscali.

Invero, la disciplina appena richiamata, nel dettare i criteri per il rilascio di patentini, all'art. 7, comma 3, lett. g), dispone in capo agli Uffici competenti il compito di valutare, proprio *“l'assenza di eventuali pendenze fiscali e/o di morosità verso l'Erario o verso l'Agente della riscossione definitivamente accertate o risultanti da sentenze non impugnabili”*. Con la conseguenza che, laddove fosse stata accertata l'insussistenza del requisito anche dopo il rinnovo del patentino, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli ne avrebbe comunque dovuto disporre il ritiro.

Peraltro, l'Avvocatura osservava come la decadenza prevista dalla disposizione censurata fosse idonea a travolgere solo i benefici già entrati nella sfera giuridica del dichiarante, mentre il giudice rimettente avrebbe ritenuto, senza indicarne i motivi, che la stessa si estendesse anche a benefici non ancora ottenuti, come quello connesso al rinnovo del patentino, che si sostanzia in un rinnovato rilascio, rispetto al quale devono logicamente ritenersi necessari anche i presupposti normativi richiesti per quest'ultimo alla data in cui il rinnovo è richiesto. [3]

Secondo l'Avvocatura Generale, l'omessa verifica da parte del giudice *a quo* del regolamento ministeriale avrebbe costituito elemento sufficiente a tacciare di inammissibilità la questione di legittimità costituzionale sollevata, con l'ulteriore “aggravante” che lo stesso giudice non avrebbe tentato di esperire un'interpretazione conforme, secondo il recente orientamento del Consiglio di Stato che fornisce una lettura costituzionalmente orientata dell'autocertificazione, valorizzando la sostanza dell'attestazione rispetto alla forma. In particolare, secondo il Supremo Consesso di giustizia amministrativa, sarebbe possibile la regolarizzazione delle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà in presenza di vizi meramente formali, con la conseguenza che per la decadenza o per il diniego del beneficio

non sarebbe determinante il profilo formale della falsità della dichiarazione, bensì quello sostanziale, costituito dalla mancanza del requisito falsamente dichiarato [4].

Secondo diversi arresti giurisprudenziali, inoltre, in tali circostanze sarebbe consentito alla P.A. di avvalersi del soccorso istruttorio e di valutare la portata, il peso e l'attualità delle pendenze fiscali sussistenti al momento dell'esame dell'istanza [5].

Nel merito della questione, l'Avvocatura Generale eccepiva l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale, per mancata violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità ed imparzialità di cui all'art. 3 Cost. Secondo l'interpretazione fornita dalla Avvocatura, la disciplina di cui all'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 non sarebbe volta a sanzionare la falsità delle dichiarazioni, quanto piuttosto a garantire la certezza dei rapporti giuridici, facendo applicazione del principio di autoresponsabilità del dichiarante, con vantaggi sia per l'amministrazione che per il cittadino. D'altra parte, la difesa dello Stato rileva come proprio la concessione del beneficio anche in presenza di false attestazioni porterebbe ad effetti irragionevoli e contrastanti con l'art. 3 Cost., finendo per incentivare comportamenti volti all'attestazione del falso, a danno di chi, invece, operando con correttezza e buona fede, si assume la responsabilità di una dichiarazione, pur sfavorevole, ma veritiera. La scelta del legislatore risponderebbe, quindi, ad esigenze di efficacia dell'azione amministrativa, le quali sarebbero frustrate laddove fosse attribuita all'amministrazione una valutazione in ordine alla gravità del fatto contestato ed all'elemento soggettivo del dichiarante.

3. L'autocertificazione come istituto di semplificazione: criticità

Il decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, recante "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa", costituisce normativa finalizzata ad attuare la semplificazione dell'azione amministrativa. [6]

Quando si parla di semplificazione amministrativa si allude generalmente ai diversi istituti giuridici volti a migliorare l'efficienza dell'amministrazione, rendendo la sua azione più celere e meno farraginoso [7], laddove l'esigenza di semplificazione presuppone una valutazione negativa dell'agire pubblico, ritenuto eccessivamente complicato a scapito degli interessi dei cittadini. [8]

Come è noto, la semplificazione amministrativa muove in tre direzioni: la semplificazione della struttura procedimentale (conferenze di servizi e accordi tra amministrazioni; termine di conclusione del procedimento; abilitazione dell'amministrazione a procedere indipendentemente da pareri obbligatori e valutazioni tecniche non rese entro un determinato termine); la semplificazione/liberalizzazione dell'avvio di determinate attività, con limitazione delle conseguenze negative dell'inerzia della amministrazione (silenzio assenso, scia); la semplificazione dell'interazione tra cittadino e pubblica amministrazione (l'autocertificazione). [9]

In particolare, l'istituto dell'autocertificazione configura un'espressione di semplificazione intesa più latamente come facilitazione del privato nelle modalità di accesso a talune attività soggette al potere, quanto meno di "controllo", delle autorità amministrative, anche con

L'obiettivo di una riduzione degli oneri posti a suo carico. [10] Qui, la semplificazione è diretta a migliorare il rapporto tra amministratori e amministrati, nel senso di sgravare il privato dall'onere di dimostrare il possesso determinati requisiti ai fini del conseguimento di un certo atto, essendo sufficiente per la P.A. una sua dichiarazione. In altri termini, si tende ad eliminare, laddove possibile, l'intermediazione dell'amministrazione, in particolare nella fase di avvio di un'attività, il che implica di contro l'estensione degli oneri e delle responsabilità in capo al soggetto privato, e l'adozione di strumenti quali l'autocertificazione. [11]

L'istituto dell'autocertificazione, dapprima introdotto dalla legge n. 241 del 1990, approda poi nel d.P.R. 445 del 2000, il cui Capo III - rubricato proprio "Semplificazione della documentazione amministrativa" - detta una disciplina specifica in materia di *Dichiarazioni sostitutive di certificazioni* (art. 46) e *Dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà* (art. 47). [12]

In particolare, per le dichiarazioni sostitutive di certificazioni, l'art. 46 stabilisce che esse possono essere rese anche contestualmente all'istanza per comprovare "*in sostituzione delle normali certificazioni*" stati, qualità personali e fatti che vengono tassativamente elencati dalla norma.

Per quanto riguarda invece le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, l'art. 47, d.P.R. 445/2000, cit., prevede che esse possano essere utilizzate per attestare sia "*stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato*" (comma 1), sia "*stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza*" (comma 2) [13].

La differenza tra le due risiede nella circostanza che solo le prime consentono al cittadino di sostituire con una propria dichiarazione un atto amministrativo di "certezza pubblica" (riguardando informazioni contenute in albi, elenchi, registri in possesso della p.a.), mentre con le seconde è il privato, con la propria dichiarazione, a "creare" certezza, ossia ad attribuire tale qualità alle informazioni della cui veridicità si assume la responsabilità. [14]

Il legislatore predispose una specifica disciplina in materia di responsabilità, sia in capo al dichiarante che in capo all'Amministrazione e funzionario pubblico, ma con un regime differente.

Per quanto riguarda il dichiarante, oltre alle conseguenze penali [15], l'art. 75 del d.P.R. 445 del 2000 disciplina le conseguenze delle false dichiarazioni sostitutive di atto notorio o di certificazioni, prevedendo la decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera, qualora dal controllo di cui all'articolo 71 emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione.

La norma detta un regime sanzionatorio "aggravato" configurando, con una sorta di automatismo, il prodursi di decadenze penalizzanti per il privato per il solo fatto oggettivo della falsità senza attribuire alcuna rilevanza all'elemento soggettivo del dolo e della colpa. La misura non incide direttamente sul provvedimento, ma si inquadra nella più generale tipologia della "decadenza per perdita" ispirata alla logica di precludere la fruizione dell'*utilitas* indebitamente conseguita per effetto del mendacio, impedendo che il dichiarante possa godere di un beneficio che non avrebbe avuto titolo a ottenere; per tale motivo opera *ex nunc* e indipendentemente dalla gravità del mendacio e dall'elemento soggettivo. [16]

Sul punto, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che *“la ratio dell’art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 è volta alla semplificazione dell’azione amministrativa, facendo leva sul principio di autoreponsabilità del dichiarante, con il corollario che la non veridicità di quanto autodichiarato rileva sotto un profilo oggettivo e conduce alla decadenza dei benefici ottenuti con l’autodichiarazione non veritiera, indipendentemente da ogni indagine dell’Amministrazione sull’elemento soggettivo del dichiarante, giacché non vi sono particolari risvolti sanzionatori in gioco, ma solo le necessità di una spedita esecuzione della legge sottese al sistema di semplificazione. In conclusione, la non veridicità rileva, in quanto abbia determinato l’attribuzione di un beneficio”*. [17]

Pertanto, la giurisprudenza chiarisce, da un lato, che il profilo soggettivo del dichiarante non rileva in alcun modo, ciò che conta è unicamente la non veridicità di quanto autodichiarato sotto un profilo meramente oggettivo; dall’altro lato, che è esclusivamente la non veridicità a determinare la perdita dei benefici qualora ottenuti con l’autodichiarazione non veritiera.

Recentemente, la disciplina generale dei controlli amministrativi sulle autodichiarazioni di cui al d. P.R. n. 445 del 2000 è stata integrata dal d.l. n. 34 del 2020 (cd. decreto rilancio) il quale, all’art. 264, introduce un trattamento “sanzionatorio” più rigoroso. La norma, trincerandosi dietro la dichiarata finalità di *“garantire la massima semplificazione, l’accelerazione dei procedimenti amministrativi e la rimozione di ogni ostacolo burocratico nella vita dei cittadini”*, intensifica i controlli a campione sulla veridicità delle autodichiarazioni, aggravando sensibilmente gli effetti del loro eventuale esito negativo. Alla tradizionale (mera) “decadenza” dal beneficio prevista dall’art. 75, viene aggiunta l’espressa previsione della *“revoca degli eventuali benefici già erogati”*. A tale revoca, tuttavia, il legislatore ricollega effetti *ex tunc*, circostanza che ha fatto apparire improprio ed atecnico il termine utilizzato, in luogo di quello di annullamento d’ufficio, ritenuto più consono anche alla luce del vizio che inficia il provvedimento (illegittimità e non motivi di opportunità e interesse pubblico). Per tentare di ricondurre il sistema descritto a coerenza, la dottrina ha ritenuto necessario anettere tale revoca al *genus* delle sanzioni, con tutto ciò che ne consegue in termini di soggezione ai principi di stretta legalità, proporzionalità e rilevanza dell’elemento soggettivo propri di queste ultime. [18]

All’ampliamento (e aggravamento) di oneri e responsabilità in capo al privato corrisponde una riduzione (*rectius* attenuazione) della responsabilità in capo ai pubblici dipendenti, circoscritta alla sfera dei controlli. Il citato art. 71 d.P.R. 445/2000, statuisce il dovere per gli enti pubblici procedenti di effettuare “idonei controlli”, sempre e in ogni caso quando sorgono fondati dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive, oppure a campione in tutti gli altri casi, anche successivamente alla erogazione del beneficio. Inoltre, l’amministrazione e i suoi dipendenti godono di un regime di esenzione da ogni responsabilità per gli atti emanati in conseguenza di false dichiarazioni o di documenti falsi prodotti dall’interessato o da terzi, salvo le ipotesi di dolo o colpa grave. In questi casi, pertanto, il legislatore mostra una certa sensibilità all’elemento soggettivo del dipendente pubblico responsabile del controllo, al fine di escluderne la responsabilità. [19]

Dall’analisi della disciplina dettata dal d.P.R. 445/2000 emerge come l’autocertificazione comporti “per lo sprovveduto cittadino un vero e proprio danno” [20], diventando espressione di un differente modo di concepire i rapporti tra cittadini e amministrazione, basato sulla responsabilità e la collaborazione dei primi allo svolgimento dell’attività amministrativa.

Si evidenzia, invece, come l'istituto dovrebbe realizzare una coincidenza tra interessi privati (snellezza del procedimento) e pubblici (migliore utilizzo dei dipendenti pubblici sottratti da compiti ripetitivi), pur nella consapevolezza che il problema di tale *reductio ad unitatem* è che spesso le esigenze di snellezza dell'azione amministrativa e le esigenze di garanzia dei privati conducono in direzioni divergenti e conflittuali. [21]

4. La decisione della Corte costituzionale

La Corte costituzionale ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata.

Principiando dall'analisi del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 21 febbraio 2013, n. 38, in materia di rilascio e rinnovo dei patentini per la vendita di prodotti da fumo, la Corte si sofferma sulla disciplina degli artt. 7 e 8, rispettivamente rubricati "Criteri per il rilascio di patentini" e "Rilascio dei patentini", applicabili al caso in esame *ratione temporis* [22]. Come visto, l'art. 7 prevede, al comma 3, che, ai fini dell'adozione del provvedimento, gli Uffici competenti in relazione all'esercizio del richiedente, valutano, peraltro, "g) l'assenza di eventuali pendenze fiscali e/o di morosità verso l'Erario o verso l'Agente della riscossione definitivamente accertate o risultanti da sentenze non impugnabili". Il successivo art. 8, al comma 3, prevede parimenti che la dichiarazione sostitutiva di atto notorio debba indicare tra le altre "f) la sussistenza di eventuali pendenze fiscali e/o di morosità verso l'Erario o verso il concessionario della riscossione definitivamente accertate o risultanti da sentenze non impugnabili".

Dalla lettura di tali norme, la Corte fa discendere la conseguenza che la "causa" del mancato rinnovo del titolo sia stata determinata esclusivamente dalla assenza del requisito della regolarità fiscale, a prescindere dalla falsità della dichiarazione resa ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000.

L'esito, infatti, sarebbe stato il medesimo anche se la dichiarazione fosse stata veritiera e avesse puntualmente riferito la sussistenza delle pendenze fiscali, in quanto ciò che avrebbe dovuto valutare il giudice rimettente (eventualmente lamentando anche in questo caso effetti irragionevoli e sproporzionati), non era la disciplina "sanzionatoria" di cui all'art. 75 del d.P.R. 445 del 2000, ma prima di tutto la disciplina regolamentare di cui al d.m. n. 38 del 2013, che costituisce il *prins* logico, alla cui stregua doveva essere formulato il giudizio di verità o falsità della dichiarazione in esame.

Per la Consulta, tale omissione viene aggravata dalla circostanza che il giudice rimettente, analizzando la disciplina regolamentare, avrebbe potuto intuire la differenza teleologica tra le due norme laddove l'una, l'art. 75 del d.P.R. 445 del 2000, fa riferimento alle conseguenze della dichiarazione non veritiera ponendosi in un momento successivo rispetto al fatto, mentre l'altra, l'art. 7, co. 3 del d. m. cit., colloca a monte, in una precedente fase di verifica dei requisiti, l'apprezzamento discrezionale da parte dell'amministrazione in ordine allo specifico rilievo delle pendenze o morosità definitivamente accertate.

Pertanto, il difetto di motivazione sulla rilevanza della questione in ordine ai profili richiamati dalla Avvocatura Generale dello Stato e condivisi dalla Corte costituzionale – e, in particolare, in ordine alla disciplina suscettibile di definire il contenzioso instaurato dal ricorrente – è

stato considerato idoneo ad inficiare l'ordinanza del T.A.R. Puglia n. 92 del 30 gennaio 2020, determinandone l'inammissibilità.

5. Considerazioni conclusive

La decisione della Corte costituzionale appare ragionevole per le motivazioni illustrate e, per quanto il focus del *thema decidendum* sposti l'attenzione dall'istituto dell'autocertificazione, essa costituisce un'occasione per riflettere sull'efficacia degli strumenti di semplificazione, di cui l'autocertificazione costituisce espressione.

Invero, la “sburocratizzazione” della pubblica amministrazione nel corso del tempo è venuta ad assumere un'accezione negativa, proprio in ragione del fatto che essa ha finito per vanificare i propri obiettivi. Come è stato osservato, l'opzione volta ad alleggerire gli oneri burocratici e gli oneri posti a carico del cittadino nell'interlocuzione con l'amministrazione ha fallito nel suo intento nella misura in cui da strumento di semplificazione si è trasformata in uno strumento idoneo a generare incertezze per la convivenza, già di per sé difficile, tra libertà e potere. [23]

Si assiste così ad una sostanziale inversione del rapporto pubblico-privato in punto di responsabilità. Da onere preventivo, il controllo della p.a. diventa un adempimento solo successivo, con una sorta di “sgravio” di adempimenti istruttori e di responsabilità sul privato che è obbligato [24] ad autocertificare determinati atti in sostituzione di certificati e atti di notorietà ed è maggiormente esposto a subire le conseguenze di eventuali dichiarazioni non veritiere (rese magari anche non intenzionalmente). Un “aggravio” di responsabilità, dunque, soprattutto alla luce della considerazione che in origine le dichiarazioni sostitutive si limitavano a semplici situazioni personali del dichiarante (nascita, residenza, cittadinanza, stato civile, titolo di studio, reddito, e simili), ora invece si estendono anche a profili di ordine giuridico e tecnico sempre più complessi. Tale criticità non sfugge agli operatori del diritto e alla giurisprudenza che spingono, in senso riformista, ad ipotizzare soluzioni maggiormente consone, volte a circoscrivere la responsabilità amministrativa alle sole ipotesi di dolo. [25]

Si osserva come “le complicazioni” del modello, con le conseguenti diffidenze in ambito economico e sociale verso le soluzioni incentrate sull'autoresponsabilità dell'interessato, si prestano a far sorgere il dubbio che in realtà si tratti di una semplificazione solo per l'amministrazione, il cui potere si traduce in un'attività di tipo prettamente vincolato. In sostanza, si sposta l'asse dall'amministrazione alla legge: il fenomeno della riduzione della discrezionalità dell'amministrazione viene perseguito attraverso una regolazione molto dettagliata *ex ante*, una semplice verifica dei presupposti e dei requisiti da parte dell'amministrazione, se non addirittura in automatico a seguito di una semplice dichiarazione del privato. [26]

E ciò avviene per una ragione ben precisa: la presentazione di un'autodichiarazione presuppone che il legislatore prima, e l'amministrazione poi, pongano una generale fiducia nel privato – fiducia che si ispira all'obbligo di comportarsi secondo buona fede e nel dovere di non suscitare intenzionalmente falsi affidamenti – e reputino “sostenibile” il consequenziale profilo di incertezza. [27]

A tale ultimo riguardo, si evidenzia come, la certezza che tale sistema genera (verso la p.a. e verso la generalità dei consociati) sia strutturalmente fragile in ragione sia della fonte (dichiarazione da parte del diretto interessato) sia, per l'appunto, della previsione di un successivo esercizio della funzione di controllo, il cui solo esito positivo è in grado di fornire reale stabilità a quanto certificato. [28]

Come evidenziato recentemente dalla giurisprudenza del CGARS, *“la stabilità dei provvedimenti amministrativi costituisce un valore che acquista una rilevanza sempre maggiore in un sistema che vuole l'agere della pubblica amministrazione ispirato al principio di correttezza e buon andamento di matrice costituzionale”*. Al riguardo, il Supremo consesso osserva che *“il principio costituzionale dell'art. 97 Cost. fissa un limite al potere discrezionale autoritativo di ritiro (del provvedimento)”*, che *“trova fondamento anche nell'art. 3 Cost., su cui si fonda il principio di ragionevolezza e proporzionalità dell'agire pubblico”*, sottolineando, più in particolare, come *“non si tratta di una preclusione del potere ma di un limite all'esercizio del medesimo, di tipo motivazionale e procedurale, che si collega al principio di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità, in quanto vieta l'uso scorretto, irragionevole e sproporzionato del potere pubblico”*. L'organo giudicante conclude affermando che *“L'obbligo di motivazione è ancora più stringente quando le primigenie scelte che hanno ampliato la sfera giuridica dei privati non sono frutto di comportamenti fraudolenti da parte degli stessi, ma maturano in un rapporto con la pubblica amministrazione caratterizzato apparentemente dalla reciproca buona fede”*. [29]

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, non appare peregrina la valutazione compiuta dal giudice rimettente circa la radicale illegittimità costituzionale dell'art. 75 d.P.R. 445/2000 per il rigido automatismo che la connota. Tuttavia, la circostanza che la disciplina richiamata non costituisca il fulcro della fattispecie analizzata, ma assumesse un ruolo marginale rispetto alla disciplina sostanziale applicabile al caso concreto, non ha potuto evitare l'esito cui, condivisibilmente, è giunta la Consulta. Ciononostante, sarebbe ragionevole ipotizzare una netta distinzione tra dichiarazioni/rappresentazioni effettivamente “mendaci” ed errori interpretativi di contesti giuridici particolarmente tecnici per il privato dichiarante [30], come quello verificatosi nel caso di specie, al fine di realizzare un sistema sanzionatorio “graduato” e maggiormente conforme ai canoni di uguaglianza formale e sostanziale di cui all'art. 3 Cost.

Del resto, un principio analogo è stato espresso recentemente dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza del 28 agosto 2020, n. 16, seppur nell'ambito di una vicenda diversa da quella in esame [31], involgente la puntuale perimetrazione della portata (e dei limiti) degli obblighi informativi posti in capo all'operatore economico a pena di esclusione dalla gara di appalto. Accogliendo le riflessioni avanzate dal giudice remittente, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto opportuno distinguere tra mere omissioni e vere e proprie violazioni di obblighi dichiarativi posti a carico dell'operatore economico, laddove la falsità *“costituisce frutto del mero apprezzamento di un dato di realtà, cioè di una situazione fattuale per la quale possa porsi l'alternativa logica vero/falso, accertabile automaticamente”*, mentre la dichiarazione mancante *“non potrebbe essere apprezzata in quanto tale, ma solo con valutazione nel caso concreto, in relazione alle circostanze taciute, nella prospettiva della loro idoneità a dimostrare l'inaffidabilità del concorrente, in cui il disvalore si polarizza sull'elemento normativo della fattispecie, ovvero sul carattere doveroso dell'informazione”*. Le due ipotesi, pur avendo il medesimo oggetto, conducono a conseguenze differenti: la prima conduce ad una esclusione automatica, l'altra ad una valutazione. Invero, in presenza di una dichiarazione falsa, risulta giustificata *“di per sé – cioè in quanto illecito professionale in sé considerato – l'operatività, in chiave sanzionatoria, della misura espulsiva”*, mentre nelle ipotesi di omessa dichiarazione si configura in capo alla stazione appaltante *“l'onere di valutare*

se l'omissione incida negativamente sull'integrità ed affidabilità del concorrente" e, solo all'esito di tale valutazione, eventualmente procedere alla sua esclusione.

Al di là del caso specifico, il principio enunciato dalla Adunanza Plenaria fornisce una prospettiva utile al necessario riequilibrio dei rapporti tra P.A. e privato, in termini di competenze, oneri e responsabilità, nonché un'occasione per l'Amministrazione di riappropriarsi di poteri che le sono propri in modo da assicurare la piena attuazione dei principi di buon andamento, imparzialità, proporzionalità e ragionevolezza.

[1] La medesima questione di legittimità costituzionale era già stata sollevata dal T.A.R. Puglia, sezione staccata di Lecce, con le ordinanze del 17/09/2018, n. 1346, del 23/10/2018, n. 1531, del 24/10/2018, n. 1544, del 25/10/2018, n. 1552, e dichiarata inammissibile dalla Corte Costituzionale con la sentenza 24/07/2019, n. 199, per difetto di motivazione sulla rilevanza della questione (in ragione, per un verso, dell' "incompleta descrizione della fattispecie", in relazione alla definitività dell'accertamento, e, per altro verso, dell'assenza di "alcun rilievo in ordine al rapporto che lega la disciplina regolamentare e quella delle conseguenze delle false dichiarazioni sostitutive").

[2] Cons. Stato, Sez. V, 9/04/2013, n. 1933, e 27/04/2012, n. 2447.

[3] Cons. Stato, Sez. IV, 22/04/2015, n. 2028; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 21/07/2015 n. 2466.

[4] Cons. Stato, Sez. V, 17/01/2018, n. 257 e 23/01/2018, n. 418, che hanno, rispettivamente, confermato le decisioni dello stesso TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 21/12/2015, n. 3664, e 18/02/2016, n. 335.

[5] Vengono richiamati T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 29/10/2018, n. 2190; T.A.R. Basilicata, Sez. I, 7/01/2019, n. 31 e T.A.R. Molise, Sez. I, 28/12/2019, n. 478, secondo i quali "il provvedimento di rigetto dell'istanza di rinnovo del patentino è stato annullato sul rilievo che non sarebbe qualificabile come pendenza fiscale, ai sensi dell'art. 8 del d.m. n. 38 del 2013, quella situazione di fatto che, alla luce della normativa tributaria, non possiede i relativi caratteri come, ad esempio, il mancato superamento della soglia minima di rilevanza fiscale, fissata dall'art. 3, comma 10, del decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16 (Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento), convertito, con modificazioni, nella legge 26 aprile 2012, n. 44". Di conseguenza, i giudici hanno escluso la non veridicità di una dichiarazione ex art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, intrinsecamente corrispondente a detta normativa.

[6] Il tema della semplificazione, affrontato in Italia fin dagli inizi del secolo e previsto già nella abrogata legge n. 15 del 1968, riceve una consacrazione normativa con la legge n. 241 del 1990, e successivamente con le leggi n. 59 del 1997 n. 127 del 1997 s.m.i. (cd. Bassanini-bis), attraverso le quali vengono attuati interventi diretti sia a soggetti pubblici (semplificazione dell'organizzazione), sia alla loro attività (semplificazione dei procedimenti amministrativi). Cfr. G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, 1996, 284 ss; M. Mazzamuto, *Dichiarazioni sostitutive: le principali innovazioni della legge Bassanini*, in *Nuove Autonomie*, 1999, 46.

[7] F. Salvia, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedurali e semplicismi mediatici*, in *Nuove Autonomie*, 3-4, 2008, 447 ss. L'A. ritiene che la semplificazione più che uno "strumento" debba costituire un "effetto: l'effetto di un apparato amministrativo che abbia già in sé la capacità di operare al meglio con le regole ordinarie e in un clima di assoluta normalità". Per tale ragione afferma che "una semplificazione degna di questo nome non possa essere l'effetto di scorciatoie procedurali o legislative più o meno estemporanee, costituendo piuttosto l'effetto sistemico di una amministrazione ben strutturata che abbia già raggiunto livelli qualitativi assai elevati". Nello stesso senso si pone F. Merusi, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 689; *Nuove autonomie*, 2008, n. 3-4, 335-341 secondo il quale "la semplificazione dovrebbe assurgere al rango di canone ermeneutico", idoneo a guidare l'interpretazione verso la soluzione meno gravosa per il cittadino, quella più semplice dal punto di vista strutturale e funzionale.

[8] G. Corso, *Perché la complicazione?* in *Nuove Autonomie*, 3-4, 2008, 325.

[9] Sin dall'approvazione della l. n. 59/1997, è venuta a consolidarsi l'idea secondo la quale la semplificazione dei procedimenti amministrativi e la razionalizzazione delle normative debbano costituire funzioni stabili del sistema amministrativo, al fine di assicurarne regolarità e continuità, e non intervenire soltanto in situazioni di "fibrillazione" come

soluzioni occasionali a specifiche patologie del sistema stesso. La semplificazione è così passata dal costituire un generico programma di sburocraizzazione del fare dell'amministrazione a costituire un vero e proprio insieme di tecniche e strumenti giuridici che attengono all'azione amministrativa e che dovrebbero condurre, oltre che ad una maggiore economicità della stessa, soprattutto all'incremento della sua efficacia. Cfr. G. Vesperini, *Il governo della semplificazione*, Milano, 2006; *La semplificazione, politica comune*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11/2014, 1019-1032; G. Vesperini, *Frammenti di semplificazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2019; M. R. Spasiano, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro mm.*, 2010, 3041 ss.; M.A. Sandulli, *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in *Nuove autonomie*, 3-4/2008, 405-415; L. Vandelli, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 3-4/2008, 417-434.

[10] M. A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, in *www.ius-publicum.com*.

[11] F. Costantino, *Il principio di semplificazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Roma, 2014, p. 425-447; Cfr. anche M. Bombardelli, *La semplificazione della documentazione amministrativa: strumenti e tecniche*, in G. Arena, M. Bombardelli, M.P. Guerra, A. Masucci (a cura di), *La documentazione amministrativa*, Rimini, 2001, 76, il quale evidenzia come l'istituto della autocertificazione “*segna un mutamento epocale dei rapporti tra Amministrazione e cittadini nel sistema delle certezze pubbliche*”.

[12] Cfr. M. Immordino, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale. Il caso dell'autocertificazione*, in *Nuove autonomie*, 3-4, 2008, 603-617. L'A., nell'espone l'evoluzione storica dell'istituto dell'autocertificazione, evidenzia come lo stesso fosse già presente nella legge n. 15 del 1968, ispirata al principio di non aggravamento del procedimento amministrativo (poi ripreso dalla legge 241 del 1990), ma rimasta sostanzialmente inattuata. Il motivo principale della sua mancata attuazione risiedeva nel fatto che le amministrazioni ritenevano inaffidabili le dichiarazioni sostitutive e i cittadini preferivano non utilizzarle proprio a causa dell'atteggiamento sfavorevole dell'amministrazione.

[13] Con determinati limiti previsti dall'art. 49 del medesimo d.P.R. Per una ricostruzione sistematica della disciplina cfr. M. A. Sandulli, *Autodichiarazioni e dichiarazione “non veritiera”*, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in questa rivista.

[14] M. Immordino, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale. Il caso dell'autocertificazione*, cit., M.S. Giannini, *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 769; F. Fracchia-M. Occhiena (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006, 867.

[15] L'art. 76 del d.P.R. rimanda alla disciplina del Codice penale ed in particolare alle fattispecie incriminatrici della falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico (art. 483 c.p.), delle false dichiarazioni sull'identità o su qualità personali proprie o di altri (art. 496 c.p.) e della falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri (art. 495 c.p.). Peraltro, il decreto Rilancio, modificando l'art. 76 cit., ha inasprito le sanzioni penali prevedendo che esse vengono aumentate “da un terzo alla metà”.

[16] M. A. Sandulli, *Autodichiarazioni e dichiarazione “non veritiera”*, cit.; M. A. Sandulli, *La “trappola” dell'art. 264 del d.l. 34/2020 (“decreto Rilancio”) per le autodichiarazioni. Le sanzioni “nascoste”*, in questa rivista e in *Diritto e processo amministrativo*, 3/06/2020 n. 1128;

[17] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 23/07/2020, n. 8622; T.A.R. Veneto, Sez. I, 18/09/2017, n. 832; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 13/12/2016, n. 12433; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II 04/01/2016, n. 33.

[18] M. A. Sandulli, *La “trappola” dell'art. 264 del d.l. 34/2020 (“decreto Rilancio”) per le autodichiarazioni. Le sanzioni “nascoste”*, cit., osserva come il legislatore abbia inserito nella disciplina della semplificazione per l'emergenza un significativo inasprimento delle conseguenze delle autodichiarazioni di cui le stesse amministrazioni abbiano eventualmente ritenuto, in sede di verifica postuma e senza alcun limite temporale, la non veridicità, proponendola inopinatamente come norma diretta a garantire il rispetto da parte delle pubbliche amministrazioni del principio di non aggravamento di cui all'art. 1, co. 2, l. n. 241 del 1990 e conseguentemente dell'obbligo di non “*richiedere agli amministrati la produzione di documenti e informazioni già in loro possesso*”.

[19] M. A. Sandulli, *Autodichiarazione e dichiarazione “non veritiera”*, cit. evidenzia come il legislatore, novellando l'art. 71 abbia introdotto un evidente elemento distintivo tra le mere “irregolarità od omissioni” e le “falsità”, espressamente onerando l'Amministrazione procedente di rilevare e contestare le prime in tempo utile per permetterne la regolarizzazione in corso di procedimento. La norma infatti precisa: “*se le dichiarazioni sostitutive rese in un procedimento amministrativo contengono irregolarità od omissioni rilevabili d'ufficio che non costituiscono falsità, a pena di mancata prosecuzione del procedimento l'interessato deve riceverne apposita segnalazione da parte del funzionario competente e deve procedere alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione medesima*”, e se egli non provvede “*alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione*”, “*il procedimento non ha seguito*”.

[20] M. Immordino, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale. Il caso dell'autocertificazione*, cit.

[21] Cfr. L. Vandelli, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 3-4, 2008, 421; M.R. Spasiano, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, cit., i quali evidenziano come il tema della semplificazione debba diventare il *mezzo* e non il *fine*: debba costituire elemento di bilanciamento rispetto alla disciplina delle garanzie procedurali.

[22] Come fa notare la Corte, “entrambe le disposizioni sono state modificate, successivamente all’ordinanza di rimessione, dal decreto del Ministro dell’economia del 12/02/2021, n. 51 (Regolamento recante modifiche al decreto ministeriale 21/02/2013, n. 38, recante disciplina della distribuzione e vendita dei prodotti da fumo). Per effetto di queste modifiche, la competente amministrazione è tenuta a valutare “*la sussistenza di eventuali violazioni fiscali e situazioni di morosità verso l’Erario o verso l’Agente della riscossione di importo superiore a quello previsto dall’articolo 80, comma 4, del decreto legislativo n. 50 del 2016, definitivamente accertate o risultanti da sentenze non più impugnabili*”. È stato quindi escluso il rilievo – ai fini del rilascio del patentino – di obbligazioni tributarie, definitivamente accertate, di importo inferiore alla soglia indicata. E ciò secondo la Consulta sarebbe comunque indicativo dell’evoluzione del quadro normativo di riferimento, nel senso della graduazione del rilievo delle pendenze fiscali.

[23] F. Liguori, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della D.I.A. – S.C.I.A.*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4/2015, 1223.

[24] In base alla novella apportata all’art. 40, comma 1, del d.P.R. n. 445 del 2000, da parte dell’art. 15, comma 1, lettera a), della legge 12/12/2011, n. 183, recante “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*” (Legge di stabilità 2012), il privato ha l’obbligo, e non più la facoltà, di presentare alle amministrazioni le “*dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47*”.

[25] M. A. Sandulli, *La “trappola” dell’art. 264 del d.l. 34/2020 (“decreto Rilancio”) per le autodichiarazioni. Le sanzioni “nascoste”*, cit.; M. A. Sandulli, *Autodichiarazioni e dichiarazione “non veritiera”*, cit.

[26] Cfr. F. Costantino, *Il principio di semplificazione*, cit. Peraltro, anche la Consulta, con la sentenza in commento, rileva che “*Lo spazio per l’apprrezzamento discrezionale da parte dell’amministrazione in ordine allo specifico rilievo delle pendenze o morosità definitivamente accertate si colloca, quindi, nella precedente fase di verifica dei requisiti, anziché in quella delle conseguenze delle false dichiarazioni (...)*”.

[27] M. Calabrò, *Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte. Alla ricerca di un bilanciamento tra fiducia e controllo*, in *Il diritto dell’economia*, vol. 30, n. 93 (2/2017), 247 richiama il concetto di “*insicurezza sostenibile*” proposto da A. Benedetti, *Certezza pubblica e “certezze” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2011, 27.

[28] M. Calabrò, *Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte. Alla ricerca di un bilanciamento tra fiducia e controllo*, in *Il diritto dell’economia*, cit., 250.

[29] Cons. Giustizia Amm. per la Regione Sicilia, Sez. I, 26/05/2020, n. 325.

[30] In termini M.A. Sandulli, *La “trappola” dell’art. 264 del d.l. 34/2020 (“decreto Rilancio”) per le autodichiarazioni. Le sanzioni “nascoste”*, cit.; M.A. Sandulli, *Autodichiarazioni e dichiarazione “non veritiera”*, cit.

[31] L’Adunanza Plenaria è chiamata ad indagare e definire i rapporti tra l’art. 80, comma 5, lett. c), d. lgs. 50 del 2016 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie) e l’art. 80, comma 5, lett. f-bis) del medesimo Codice dei contratti pubblici, laddove in base alla prima norma, costituisce causa di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici l’ipotesi in cui la stazione appaltante “*dimostri con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*”, tra cui “*il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione ovvero l’omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*”; mentre per la successiva lettera f-bis), del medesimo art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, è invece causa di esclusione quella dell’operatore economico “*che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere*”. Cfr. C. Napolitano, *La dichiarazione falsa omessa o reticente secondo l’Adunanza Plenaria (commento a Cons. Stato, Ad. Pl. 28 agosto 2020, n. 16)* in questa rivista.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2117 – 18 gennaio 2022

La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 -causa C-497/20, *Randstad Italia?* - 1) Fabio Francario

Intervista di Roberto Conti a Fabio Francario*

[Per l'introduzione al ciclo di interviste si rinvia all'[Editoriale](#)]

1. Il dispositivo reso dalla Corte di Giustizia a conclusione della fase del rinvio pregiudiziale non sembra lasciare margini di dubbio in ordine al "responso" del giudice di Lussemburgo. Chiamata a testare, sotto il profilo della compatibilità con il principio di effettività di matrice UE, l'istituto dell'eccesso di potere giurisdizionale come declinato dal diritto vivente interno, la Grande Sezione ha escluso che la violazione del diritto UE perpetrata dal supremo organo della giustizia amministrativa – nel caso concreto perpetrata per avere ritenuto irricevibile il ricorso contro l'aggiudicazione di un appalto presentato dalla ditta esclusa dalla gara non in via definitiva - possa vulnerare il principio di effettività laddove sia escluso dal sistema interno che gli offerenti partecipanti all'aggiudicazione possono contestare la conformità al diritto dell'Unione della sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa nell'ambito di un ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro. Valuta questa conclusione appagante, soddisfacente o non condivisibile?

La pronuncia della Corte di Giustizia mi pare corretta e condivisibile, ma occorre ovviamente intendersi sul suo reale significato. Bisogna cioè intendersi bene sul fatto che la Corte di Giustizia ha affermato che il principio di effettività non è vulnerato dalla mancanza della possibilità di ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione, non anche che il principio di effettività non sia stato vulnerato dalla pronuncia del Consiglio di Stato. Anzi, sotto questo profilo afferma chiaramente che il principio di effettività è violato dalla pronuncia del Consiglio di Stato. La Corte di Giustizia ha separato nettamente la questione del rimedio esperibile nell'ambito dell'ordinamento nazionale, lasciando sotto questo profilo allo Stato membro la libertà di

determinarsi nelle forme ritenute più appropriate, da quella della violazione del diritto dell'Unione e del principio di effettività. Non ha pertanto detto come debbano essere declinati i motivi di giurisdizione, e in particolare l'eccesso di potere giurisdizionale, nell'ordinamento nazionale, ma ha solo escluso che l'ordinamento nazionale debba necessariamente prevedere la possibilità di ricorso all'organo di vertice del sistema giurisdizionale per accertare la conformità al diritto dell'Unione delle sentenze di un giudice speciale. La conformazione del motivo di giurisdizione deve quindi ritenersi rimessa all'ordinamento interno e non deve necessariamente contemplare qualsiasi violazione del diritto dell'Unione, fermo restando che pronunce come quella di specie sono incompatibili il diritto dell'Unione perché violano il principio di effettività.

In ciò a mio avviso si riassume la quintessenza della pronuncia e non è un caso che la Corte abbia trattato ed assorbito la terza questione posta dalla Corte di Cassazione (in buona sostanza: quale debba essere la consistenza delle situazioni d'interesse legittimo e se la relativa tutela possa essere esclusa se l'interesse si riduce alla sola ripetizione della procedura di gara e non si sostanzia nell'interesse immediato e diretto all'aggiudicazione della gara) nell'ambito della prima questione (se possa essere esclusa l'impugnazione in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato per violazione del diritto comunitario; ovvero, per usare le parole della Corte di Giustizia "in che misura, per garantire la tutela giurisdizionale effettiva richiesta dal diritto dell'Unione, l'organo giurisdizionale supremo nazionale debba essere riconosciuto competente ad esercitare un controllo giurisdizionale sulle sentenze pronunciate dal supremo organo della giustizia amministrativa nazionale"). Ciò sottolinea infatti come la ratio decidendi della pronuncia sia duplice: l'interesse legittimo va protetto anche se non si sostanzia nell'interesse immediato e diretto all'aggiudicazione della gara (ovvero al conseguimento del bene della vita), ma è affare interno all'ordinamento nazionale decidere se e come le sentenze dell'organo di vertice del sistema di giustizia amministrativa possano essere impugnate in Cassazione. In pratica, ciò significa che l'articolazione del sistema dei rimedi interni all'ordinamento nazionale è sostanzialmente indifferente per l'Unione, ma non fa venir meno la gravità della violazione. Anzi. Il fatto che il rimedio appropriato, quale che sia l'organo di vertice ritenuto competente nell'ambito dell'ordinamento nazionale, sia ravvisato nell'azione di responsabilità nei confronti dello Stato, sottolinea la gravità della violazione del principio di effettività.

Per comprendere bene l'esatta portata della pronuncia, bisogna quindi tenere presente la peculiarità del caso *Randstat* che, differentemente dalle questioni di diritto soggettivo sottese ai casi *Mottola* e *Staibano* che approdano alla pronuncia Corte cost. 6/2018, nasce fin dall'origine come tipica ipotesi di tutela di un interesse legittimo. Sotto questo profilo, il contrasto tra Corte di Giustizia e Consiglio di Stato sul modo d'intendere tale situazione soggettiva, come ormai ampiamente dimostrato dall'annosa vicenda del ricorso incidentale, è molto netto. Assumendo che la posizione assunta dalla Corte costituzionale con la sentenza 6/2018 le impedisse di sindacare sotto il profilo della giurisdizione una decisione siffatta, la Corte di Cassazione ha ritenuto necessario rivolgersi alla Corte di Giustizia per sentire dichiarare se l'interesse solo strumentale alla ripetizione della gara sia ritenuto meritevole di tutela dal diritto dell'Unione e se il rimedio del ricorso per cassazione possa essere impiegato per evitare il consolidamento delle violazioni del diritto comunitario da parte del giudice speciale. La commistione dei due profili (tutelabilità dell'interesse secondo il diritto dell'Unione; sindacabilità delle decisioni del Consiglio di Stato per violazione del diritto dell'Unione) ha creato una certa confusione e la Corte ha cercato di rimettere le questioni sui giusti binari, distinguendole

Ho già definito un brutto pasticciaccio quello creato dalle nostre tre Corti nazionali. E sottolineo che questo brutto pasticciaccio è stato creato non dalla sola Corte di cassazione, ma da tutte e tre le nostre Corti apicali in quanto ognuna c'ha messo del suo: la Corte di cassazione, perché, in presenza di un arretramento della giurisdizione amministrativa, giustificato in maniera generale e astratta dal Consiglio di Stato e iniziato ben prima della vicenda Randstad, avrebbe ben potuto impiegare la figura classica del rifiuto di giurisdizione per sindacare decisioni siffatte, senza scomodare interpretazioni evolutive di sorta; la Corte costituzionale perché, con la sentenza 6/2018, ha evitato di dichiarare l'incostituzionalità della sconosciuta norma recata dall'art. 69 comma 7 del d. lgs. 165/2001 (norma esplicitamente regolatrice della giurisdizione per le controversie del pubblico impiego privatizzato e sulla cui base l'Adunanza Plenaria, con pronuncia dichiarata dalla Corte EDU lesiva del diritto fondamentale al giusto processo, aveva negato la tutelabilità della situazione soggettiva) ed ha preferito concentrare la propria attenzione sulle affermazioni incidentali dell'ordinanza di rimessione delle Sezioni unite sulla sindacabilità per motivi di giurisdizione degli errori in procedendo o in giudicando ritenuti tali da rendere abnormi le decisioni del Consiglio di Stato; il Consiglio di Stato medesimo, il cui restrittivo orientamento, assunto in linea di principio sulla tutelabilità delle situazioni di diritto soggettivo transitate nell'orbita della sua giurisdizione o delle situazioni d'interesse legittimo non finali ma solo strumentali al conseguimento del bene della vita, è all'origine dell'intera vicenda.

Ho fatto una sintesi estrema di una vicenda estremamente complessa (per una più compiuta ricostruzione posso rinviare al mio scritto "Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro. La questione di giurisdizione", in questa Rivista,), per sottolineare che il vero problema da risolvere non era e non è quello di chiarire se sussista una unità funzionale o ordinamentale tra le due giurisdizioni, amministrativa e ordinaria, ma se l'arretramento della linea della giurisdizione, fatto in via generale e astratta dal Consiglio di Stato, possa essere sindacato in termini di rifiuto di giurisdizione. Una volta sgombrato il campo da interpretazioni evolutive di sorta, la sostanza del problema rimane intatta.

Il chiarimento sopra operato è di fondamentale importanza per una corretta lettura della pronuncia per evitare che si enfatizzi la sola prima parte della pronuncia della Corte di Giustizia a scapito della seconda, perché altrimenti il pasticciaccio diventerà sempre più brutto e complicato.

Mi spiego meglio.

La Corte di Giustizia ha detto che spetta all'ordinamento nazionale stabilire quali debbano essere i rimedi esperibili per far valere l'inosservanza del diritto comunitario ed ha escluso che l'ultima parola debba necessariamente spettare all'organo di vertice della giurisdizione civile.

Ma, anche e soprattutto, ha detto chiaramente che la posizione assunta dall'organo di vertice della giurisdizione amministrativa, il Consiglio di Stato, è in contrasto con il diritto euro unitario e che il rimedio consiste nell'azione di responsabilità da promuovere nei confronti dello Stato. Questo significa, per l'appunto, che se non si rimuove alla radice il problema, il livello dello scontro è destinato inevitabilmente ad innalzarsi, perché a questo punto non rimarrebbe più limitato alle Corti nazionali, ma investirebbe la Corte di Giustizia e l'ordinamento euro unitario. Significa, in buona sostanza, che se il Consiglio di Stato non

cambierà orientamento, il pasticciaccio diventerà sempre più brutto e complicato. Diventerebbe insomma un brutto pasticciaccio multilivello.

Per questo ritengo che la pronuncia sia senz'altro condivisibile, ma ritengo anche che ci si debba intendere bene sull'esatto significato di quanto da essa affermato. E sotto questo profilo non reputo possibile affermare che la Corte abbia escluso che vi sia stata violazione del principio di effettività, ma solo che il rimedio non debba essere necessariamente quello del ricorso in Cassazione.

2. La Corte di giustizia ha sottolineato che per eliminare gli effetti dannosi connessi alla violazione del diritto UE perpetrata per effetto di una decisione resa in via definitiva dal giudice amministrativo costituiscono idonei strumenti per eliminare le conseguenze dannose tanto il ricorso per inadempimento da parte della Commissione o l'azione di responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE, nella ricorrenza dei presupposti fissati dalla giurisprudenza della Corte stessa- pp.79 e 80 sent. cit.-. Pensa che la fase discendente susseguente alla decisione della Corte di Giustizia potrà avere un seguito diverso da quello che il dispositivo della sentenza della Corte UE sembra avere scolpito in maniera nitida? Pensa, in altri termini, che dopo la pronuncia della Corte di giustizia le Sezioni Unite possano giungere ad un revirement, questa volta sul piano interno e non più su quello del diritto UE, rispetto al diritto vivente formatosi dopo la sentenza della Corte costituzionale n.6/2018 sui confini dell'eccesso di potere giurisdizionale? E in ipotesi di risposta positiva a tale quesito, Lei reputa che sarebbe possibile ampliare l'ambito della figura dell'eccesso di potere giurisdizionale da parte delle Sezioni Unite in relazione al ruolo a queste ultime attribuito dall'art.111, c.8 Cost. o risulterebbe necessario sollevare nuovamente una questione di legittimità costituzionale per suscitare una rimeditazione delle conclusioni espresse nella sentenza n.6/2018?

La pronuncia impone sicuramente una correzione di rotta da parte delle nostre Corti nazionali, ma, prima ancora che dalla Cassazione, penso che il *revirement* dovrebbe esser fatto dal Consiglio di Stato, che dovrebbe cercare di recuperare il proprio ruolo di giudice naturale degli interessi legittimi, piuttosto che proporsi come un surrogato del giudice ordinario per la tutela dei diritti soggettivi. A partire dalle riforme del processo amministrativo della fine del secolo scorso, che hanno pensato di risolvere il problema della giurisdizione ampliando a dismisura i casi di giurisdizione esclusiva, da quando si è cioè iniziato a pensare di concentrare “a Costituzione invariata” la tutela dei diritti soggettivi nella giurisdizione amministrativa, si è teorizzata l'equiordinazione delle giurisdizioni, ma di fatto si è accentuata la caratterizzazione del giudice amministrativo come giudice “speciale” della Pubblica Amministrazione. Il giudice amministrativo ha così iniziato a rivendicare un proprio autonomo ruolo nomofilattico e la libertà di conformare modalità e termini della tutela delle situazioni soggettive devolute alla sua giurisdizione; e la tutela (risarcitoria) civile dei diritti soggettivi è stata adattata alle caratteristiche peculiari del processo amministrativo aprendo la strada ad una ibridazione delle figure soggettive. La conseguenza è stata non solo che il diritto soggettivo ha visto scomparire o trasmodare la tutela risarcitoria in un surrogato che non è nemmeno lontano parente della tutela per equivalente pecuniario; ma anche che l'interesse legittimo è stato per converso patrimonializzato, cedendo alle suggestioni della ricostruzione in termini di pretesa sostanziale a scapito del carattere strumentale della figura. La conquista della tutela risarcitoria si è rivelata una vera e propria trappola per il giudice amministrativo, che ha finito per non tutelare più né il diritto soggettivo, né l'interesse legittimo, ma una nuova indistinta figura nata dall'ibridazione delle prime due.

Dal momento che la Costituzione vuole che nei confronti della PA venga sempre e comunque garantita una giurisdizione di legittimità e che il dualismo delle situazioni

giuridiche soggettive deve servire ad arricchire e non ad impoverire la tutela del cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione, è evidente che il giudice amministrativo dovrebbe prestare maggiore attenzione alla tutela dell'interesse strumentale al corretto esercizio del potere e dovrebbe tutelare le situazioni di diritto soggettivo senza riscrivere gli istituti generali del diritto civile, senza cioè creare un diritto civile "speciale" per la pubblica amministrazione.

Quali sono le ricadute della pronuncia se questa correzione di rotta non si verificherà.

La prima, l'ho già anticipata nella prima risposta: il pasticciaccio diventerà sempre più brutto e multilivello perché coinvolgerà nel confronto - scontro Commissione e Corte di Giustizia europea. La violazione è ormai accertata e dichiarata e, se la prassi non cambia, la deflagrazione del conflitto a livello eurounitario è annunciata (ricordo che la Corte di Giustizia afferma espressamente che la prassi interpretativa che esclude la tutelabilità dell'interesse strumentale deve essere disapplicata perché non conforme al diritto dell'unione e se ciò non dovesse avvenire, se cioè il Consiglio di Stato dovesse continuare a negare la tutela dell'interesse strumentale, la Commissione europea potrebbe proporre un ricorso per inadempimento contro lo Stato italiano e la responsabilità potrebbe essere fatta valere anche dai singoli lesi dalla violazione del loro diritto a un ricorso effettivo).

Per il resto, la pronuncia è di chiarezza tale da consentire di risolvere il problema senza che vi sia bisogno di riscrivere la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale o di reinvestire della questione la Corte costituzionale. Bisogna tenere sempre ben presente che la Corte di Giustizia non ha affermato che le sentenze del Consiglio di Stato non possono essere impugnate in Cassazione per motivi di giurisdizione, ma ha solo affermato che la possibilità d'impugnazione in Cassazione non deve essere necessariamente estesa alla violazione del diritto comunitario. Una cosa è affermare, come fatto dalla Corte di Giustizia, che non c'è violazione del principio di effettività se il diritto nazionale "impedisce che le valutazioni di merito effettuate dal supremo organo della giustizia amministrativa possano ancora essere esaminate dall'organo giurisdizionale supremo"; altra che sia scomparsa la possibilità prevista dall'ordinamento nazionale e garantita dalla Costituzione di impugnare in Cassazione le decisioni del Consiglio di Stato "per motivi di giurisdizione". La Corte afferma espressamente che per il diritto dell'Unione "è perfettamente ammissibile ... che lo Stato membro interessato conferisca al supremo organo della giustizia amministrativa di detto Stato la competenza a pronunciarsi in ultima istanza, tanto in fatto quanto in diritto, sulla controversia di cui trattasi e di impedire di conseguenza che quest'ultima possa ancora essere esaminata nel merito nell'ambito di un ricorso per cassazione dinanzi all'organo giurisdizionale supremo dello stesso Stato"; ma ciò non vale ovviamente ad escludere che l'ordinamento interno preveda la possibilità che la sentenza venga impugnata per motivi di giurisdizione.

Allo stato, abbiamo quindi la Corte di giustizia, che ha chiarito che il rimedio del ricorso in Cassazione non deve necessariamente prevedere la possibilità di far valere come motivo la violazione del diritto comunitario; e la nostra Corte costituzionale, che ha chiarito che il motivo di giurisdizione non può dilatarsi sino a comprendere gli errores in procedendo o in iudicando o le violazioni di diritto comunitario anche se questi errori sono di gravità tale da rendere abnormi le sentenze.

A fronte di ciò stanno il fatto che il rifiuto di giurisdizione, nella sua forma tradizionale o classica che consente di sindacare come motivo di giurisdizione l'arretramento della

giurisdizione che si concretizza quando la cognizione giurisdizionale viene negata in termini assoluti, è sempre stato pacificamente annoverato tra i possibili motivi di giurisdizione e che la Corte di Giustizia ha detto senza mezzi termini che la prassi del giudice amministrativo italiano viola “il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice” (art. 47 primo comma Carta diritti fondamentali UE).

Stando così le cose, non v'è necessità di ridisegnare i contorni dell'eccesso di potere giurisdizionale, né di reinvestire la Corte costituzionale della questione, dal momento che la sentenza 6/2018 non ha certo espunto dal novero dei motivi di giurisdizione la figura del rifiuto di giurisdizione, ma ha solo chiarito che tale figura non può essere dilatata oltre i limiti tradizionalmente noti. Pertanto, una sentenza che continuasse a negare in termini assoluti l'interesse strumentale alla ripetizione della gara ben potrebbe e dovrebbe essere cassata dalle Sezioni Unite per rifiuto di giurisdizione.

Il fatto che la violazione del diritto comunitario non possa di per sé rappresentare un motivo di giurisdizione, non significa anche che non possa aversi rifiuto di giurisdizione se la negazione in termini assoluti della possibilità di cognizione giurisdizionale riguardi una situazione soggettiva protetta direttamente da norme dell'Unione. Il rifiuto di giurisdizione ben può essere occasionato dall'applicazione del diritto dell'Unione; anche se rimane fermo, alla luce della pronuncia Ranstadt, che non tutte le questioni concernenti l'interpretazione del diritto dell'Unione possano di per sé esser fatte valere come motivo di giurisdizione.

3. Che effetti potrebbe avere sulle questioni qui esaminate la decisione del legislatore che, di recente, ha introdotto quale forma di revocazione delle sentenze rese dal giudice civile ed amministrativo una nuova causa di revocazione -art.1, c.10 l.n.206/2021- per le ipotesi di contrasto della sentenza passata in giudicato resa dal giudice nazionale e una decisione della Corte dei diritti dell'uomo che abbia accertato la violazione della normativa convenzionale?

Il problema si pone ovviamente de jure condendo, in quanto la disposizione è espressamente dettata per le pronunce della Corte EDU e non si presta ad essere estesa analogicamente alle pronunce della Corte di Giustizia. Non solo per il principio della tassatività dei mezzi d'impugnazione, ma anche perché sono diverse l'efficacia e il valore delle rispettive pronunce.

È evidente che il meccanismo del rinvio pregiudiziale non riesce del tutto a impedire il fenomeno del possibile contrasto con il giudicato, che in un certo senso deve invece ritenersi quasi scontato nel caso delle pronunce CEDU che intervengono solo se ed in quanto siano esauriti i mezzi d'impugnazione esperibili nell'ordinamento nazionale.

L'esperibilità del rimedio è già stata esplicitamente esclusa dalla stessa Corte di Giustizia (sentenza della Grande Sezione, 24 ottobre 2018 – C-234/17, Austria c. XC), ma la questione dovrà essere nuovamente affrontata tra breve per effetto del rinvio pregiudiziale operato dalla ordinanza della Sezione Sesta del Consiglio di Stato n. 2327 del 18 marzo 2021.

4. Dopo la sentenza resa dalla Corte di Giustizia il 21 dicembre scorso, residuano a suo giudizio, ragioni di dubbio in ordine alla possibilità di sperimentare innanzi alle Sezioni Unite il vizio di eccesso di potere giurisdizionale sotto il profilo della mancata sollevazione del rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia da parte del giudice speciale di ultima istanza?

Sotto questo profilo la pronuncia sembrerebbe aver lasciato aperta la questione, dal momento che ha ritenuto irricevibile la questione perché priva di “attinenza con l’oggetto della controversia del procedimento principale”. Mi pare che la Corte di Giustizia abbia cercato di evitare di prendere una posizione chiara e netta sulla questione preliminare dell’obbligo di rinvio pregiudiziale.

Insisto comunque nel dire che il problema di fondo da risolvere non è quello dell’interpretazione del diritto dell’Unione, ma di chiarire se debba attribuirsi ancora un significato alla distinzione tra le situazioni soggettive di diritto e interesse legittimo, come vuole la Costituzione.

Non ogni questione che riguardi l’interpretazione del diritto dell’Unione trasforma di per sé l’eventuale errore in eccesso di potere giurisdizionale o in un rifiuto di giurisdizione. E’ necessario che l’errore riguardi la negazione o l’affermazione in termini generali e astratti della situazione giuridica soggettiva. Escludere che la violazione del diritto comunitario possa essere di per sé dedotta come errore in giudicando o in procedendo in Cassazione, non vale però anche ad escludere che il motivo di giurisdizione, sub specie di rifiuto o di eccesso di potere giurisdizionale, possa configurarsi con riferimento ad una norma dell’Unione. Se la violazione non si risolve necessariamente in un motivo di giurisdizione, ciò non significa che il motivo di giurisdizione non possa dipendere anche da una interpretazione del diritto comunitario.

5. In definitiva, a Suo giudizio è stato utile il dialogo fra Corte di Cassazione a sezione Unite e Corte di giustizia sul tema suscitato dall’ordinanza n.19598/2020 o si è trattato di un tentativo di aggirare l’orientamento espresso dalla sentenza n.6/2018, peraltro non dotato di efficacia vincolante per il giudice comune in relazione alla natura della sentenza di rigetto della questione di legittimità costituzionale da parte della Consulta?

La vicenda originata dall’ordinanza 19598/2020 può essere letta in due modi. Può essere cioè vista dall’alto, dal punto di vista dei protagonisti istituzionali del conflitto, e letta in termini di antagonismo tra le nostre Corti nazionali, finalizzato all’affermazione di una primazia o di una equiparazione tra le giurisdizioni; oppure può essere vista dal basso, dal punto di vista del cittadino utente del servizio giustizia, e letta in termini di ampliamento o di restringimento della risposta al bisogno di tutela del cittadino nei confronti di un’azione illegittima della pubblica amministrazione. Se si accetta la seconda prospettiva, la vicenda non può certamente essere considerata un tentativo di aggiramento e la sentenza della Corte di Giustizia è sicuramente utile.

La presunta ostinazione delle Sezioni Unite nel ridisegnare i confini delle questioni di giurisdizione, come già ricordato, nasce sostanzialmente per l’avvenuto spostamento della tutela risarcitoria nei confronti della PA innanzi al GA, dopo che per un secolo e mezzo circa la tutela di quelli che venivano definiti come “diritti patrimoniali consequenziali” alla pronuncia di annullamento dell’atto amministrativo illegittimo era stata ritenuta una questione sempre “riservata” all’autorità giudiziaria. Qualunque giurista che abbia dimestichezza con il processo amministrativo contemporaneo non potrebbe seriamente negare che la concentrazione della tutela dei diritti in capo al giudice amministrativo abbia in concreto posto un problema di effettività della tutela delle situazioni di diritto soggettivo e non potrebbe negare che la forma della tutela civile dei diritti sia stata sostanzialmente rimodellata in seno alla giurisdizione amministrativa. Così come appare innegabile la

tendenza ad appiattare la tutela delle stesse situazioni d'interesse legittimo sul momento risarcitorio a scapito della tutela costitutiva e conformativa, come emblematicamente dimostrato dall'insistente tentativo di rimodellamento della tutela giurisdizionale amministrativa in un settore particolarmente delicato come quello degli appalti pubblici.

In questo scenario, a partire dalle storiche pronunce sulla pregiudizialità amministrativa del 2006, le Sezioni Unite hanno cercato di garantire che al mutamento del giudice non conseguisse un mutamento qualitativo della tutela giurisdizionale della situazione soggettiva, rispolverando la figura del rifiuto di giurisdizione per censurare l'aprioristico arretramento della giurisdizione avvenuto in termini generali e astratti. Sotto questo profilo, non c'è dissonanza tra le Sezioni Unite e la sentenza Corte cost. 6/2018, che si è limitata a non avallare l'estensione del rimedio oltre il motivo di giurisdizione strettamente inteso, teorizzata dalle Sezioni Unite con l'intento di sindacare gli errores in procedendo o in iudicando di gravità tali da far ritenere abnorme la pronuncia giurisdizionale. La Corte di Giustizia ha adesso chiarito che l'interesse strumentale alla legittimità dell'azione amministrativa è un interesse meritevole di protezione.

Sotto questo profilo il dialogo è stato senz'altro utile, perché vale a chiarire che in un sistema giurisdizionale dualista il giudice amministrativo deve servire a fornire una risposta al bisogno di tutela del cittadino diversa e più ampia rispetto a quella che sarebbe altrimenti in grado di fornire il giudice ordinariamente competente a dirimere le liti di diritto civile e non un surrogato di quest'ultima.

*Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Siena e avvocato.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2267 – 31 marzo 2022

Il dissesto finanziario degli enti locali tra tutela dei creditori, “diritto a un tribunale” e tutela della finanza pubblica (nota a Cons. Stato, Adunanza Plenaria n. 1/2022)

di Andrea Crismani

Sommario: 1. Il “diritto della crisi pubblica” e la dinamica dei dissesti - 2. Le criticità del dissesto e la rimeditazione ex art. 99, c. 3, c.p.a. - 3. Aspetti ricostruttivi sul dissesto - 3.1. Prima fase: il dissesto gestito dall’ente stesso. Il dissesto come procedura interna di risanamento - 3.2. Seconda fase: la netta separazione di compiti e competenze tra la gestione passata e quella corrente. Il dissesto come procedura concorsuale atipica - 3.3. Terza fase: il suo perfezionamento - 3.4. Quarta fase: l’incertezza: l’abbandono della disciplina, il venir meno della garanzia dello Stato e la sua ripresa - 3.5. Quinta fase: nuovi strumenti e i vincoli di finanza pubblica dopo la l. cost. n. 1/2012. Il dissesto guidato. Il c.d. predissesto o la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale - 4. L’antitesi Stato-mercato e i contro-limiti nella Plenaria n.1/2022.

1. Il “diritto della crisi pubblica” e la dinamica dei dissesti

Da un recente studio della Camera dei deputati^[i] emerge che *i comuni che hanno fatto ricorso alla procedura dal 1989 al 2019 sono 607, circa l’8% sul totale dei comuni italiani. Nell’arco del trentennio 45 comuni sono ricorsi per due volte alla procedura del dissesto. La distribuzione dei dissesti presenta una forte caratterizzazione geografica: l’82,4 % delle procedure di dissesto (537) riguarda comuni del Sud Italia, l’11,2 per cento comuni del Centro Italia e appena il 6,4 per cento comuni del Nord.*

Il *Rapporto Ca’ Foscari sui comuni 2020*^[ii], con un’analisi accurata di raccolta di dati e documentazione, evidenzia come la dinamica dei dissesti, in pratica azzerata tra il 1996 e il

2007, ha ripreso la crescita a partire dal 2008, con la grande crisi finanziaria: i comuni in dissesto che hanno deliberato la procedura tra il 2015 e il 2019 sono 147.

Evidenzia poi la Corte dei Conti in una sua recente relazione come i *dissesti attivi, deliberati tra il 2016 e il 2020, sono 154 con una significativa concentrazione territoriale in Calabria (42 casi), Campania (35 casi) e Sicilia (40 casi). Nel complesso la popolazione dei Comuni in dissesto ammonta a 2.261.765 abitanti. I centri maggiori in dissesto sono: Catania, il più grande comune italiano in dissesto dal 2018 (311 mila abitanti), Terni (111 mila), Caserta (75 mila), Casoria (74 mila), Cosenza (66 mila), Benevento (59 mila), Marano di Napoli (59 mila) e Ardea (49 mila)*[iii].

La correlazione tra crisi finanziaria e diritto in generale è oramai una costante e sta portando verso una riconfigurazione di alcune branche del diritto[iv]. Essa è in grado di provocare effetti modificativi sul diritto in generale e nello specifico su quello pubblico (ci si riferisce per gli aspetti considerati al diritto costituzionale e al diritto amministrativo e per quelli trattati al diritto finanziario e contabile, e al diritto dell'economia[v]).

La gestione della crisi e dell'insolvenza s'inserisce in un processo per materie che riguarda materie riferite ai sistemi di finanziamento e di contabilità, alla *governance*, ai sistemi di pagamento, alla disciplina del rapporto di lavoro, alle regole del mercato e della concorrenza, alla disciplina dei contratti pubblici, alle politiche di finanziamento fino ad arrivare agli aspetti patologici che incidono sull'operatività e sull'esistenza del soggetto stesso[vi].

In tale contesto si colloca l'istituto del dissesto degli enti locali che è uno strumento di risanamento. Di recente è stata definito dalla Corte dei conti come un *microcosmo normativo*[vii]. Il dissesto è quella fase patologica e irreversibile della vita finanziaria dell'ente territoriale che si verifica quando l'ente non è più in grado di assolvere le funzioni ed i servizi indispensabili ovvero quando esistono nei confronti dell'ente locale crediti liquidi, certi ed esigibili di terzi cui non si può trovare valida copertura finanziaria, a norma di legge, con mezzi di finanziamento autonomi dell'ente senza compromettere lo svolgimento delle funzioni e dei servizi indispensabili.

È un *microcosmo* perché racchiude le disposizioni che regolano, nel dettaglio, *l'intera attività dell'organo straordinario di liquidazione ed al quale va riconosciuto un proprio statuto informato al principio della par condicio creditorum e alla tutela della concorsualità, da presidiarsi proprio da detto organo quale "dominus esclusivo della peculiare procedura finalizzata al risanamento dell'ente", il quale nel tempo ha assunto una propria specificità, connotandosi sempre più quale organo sostitutivo di quelli ordinari dell'ente, titolare di elevati poteri organizzatori*[viii].

2. Le criticità del dissesto e la rimeditazione ex art. 99, c. 3, c.p.a.

La disciplina giuridica sul dissesto può considerarsi un caso di "stortura" e "incertezza" giuridica che è culminata a seguito dell'entrata in vigore della riforma costituzionale del 2001 e della conseguente infinita attesa di attuazione del c.d. federalismo fiscale.

Per molto tempo, infatti, è mancata una visione unitaria e coordinata tra l'indebitamento e il risanamento dell'ente locale che sono da annoverarsi tra gli aspetti fondamentali dell'esistenza amministrativa e finanziaria degli stessi.

Mancava altresì una altrettanto unitaria e coordinata visione tra la qualifica odierna dell'amministrazione pubblica intesa come operatore del mercato (che regola le attività economiche) e come operatore nel mercato (che svolge attività di tipo economico in alternativa o in concorrenza con i soggetti privati, ma soprattutto oggi si pone come un consumatore ottimale che necessita di approvvigionamento, di fornitura di beni e servizi, di opera di beni) e tra la qualifica classica dell'amministrazione come operatore giuridico il cui agire deve essere improntato alla cura dell'interesse collettivo, inteso quale interesse alieno, e al rispetto, sul piano finanziario-contabile, delle garanzie obiettive della collettività alla destinazione del danaro pubblico al fine pubblico e alla correttezza dei criteri di gestione^[ix].

La disciplina sul dissesto è una materia relativamente nuova che nel corso dei decenni ha subito importanti interventi non solo dal legislatore, costituzionale e ordinario, ma anche dalla stessa Corte costituzionale, dalla Cedu, dall'Adunanza Plenaria e dal giudice amministrativo in generale nonché dalla Corte dei conti.

La disciplina sul dissesto ha spesso rappresentato terreno di confronto su una serie di questioni che vanno da quelle di natura finanziaria (chi paga?), a quelle costituzionali (di chi è la competenza legislativa?^[x] quali limiti ha lo Stato nel garantire i debiti degli enti locali?), fino a alle questioni obbligazionarie (come sono soddisfatti i creditori?) e a quelle procedurali (a chi spetta la gestione della crisi?).

Il recente dibattito si è concentrato sulla questione della soddisfazione dei creditori tra sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo e dell'Adunanza plenaria e così la conformità della normativa sul dissesto con la Convenzione Edu e la Costituzione.

La sezione V del Consiglio di Stato, con ordinanza 21 aprile 2021, n. 3211, ha chiesto che l'Adunanza plenaria rimediti la questione già affrontata con la sentenza n. 15 del 5 agosto 2020^[xi] e di considerare i principi non affrontati nella precedente pronuncia n. 15/2020 e, in particolare, quelli emersi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo. Quest'ultima già nella sentenza n. 43780/2004 del 24 settembre 2013, *De Luca c/o Italia* ha affermato che *l'avvio della procedura di dissesto finanziario a carico di un ente locale e la nomina di un organo straordinario liquidatore, nonché il successivo d.l. n. 80/2004 che impediva i pagamenti delle somme dovute fino al riequilibrio del bilancio dell'ente, non giustificano il mancato pagamento dei debiti accertati in sede giudiziaria, poiché lesive dei principi in materia di protezione della proprietà e di accesso alla giustizia riconosciuti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo*^[xii].

La pronuncia della Corte aveva come presupposto una situazione di ritardo nella soddisfazione delle pretese e che di fatto assumeva le connotazioni di una espropriazione violando i principi della tutela della proprietà, dell'accesso alla giustizia e della ragionevole proporzione tra i rimedi messi a disposizione. Infatti, secondo la Corte, *lo stato di dissesto di un comune dichiarato nel 1993, a fronte del riconoscimento di un credito con sentenza del 2003, ancora paralizzato al momento della pronuncia del 2013, aveva virtualmente privato il ricorrente del suo diritto di accesso a un tribunale per un periodo eccessivamente lungo, con il conseguente venire meno del ragionevole rapporto di proporzionalità che deve esistere tra i mezzi impiegati e lo scopo prefisso*.

Il principio espresso dalla Plenaria n. 15/2020 consisteva invece nel sostenere che sono attratti nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione, e non rientrano quindi nella gestione ordinaria, non solo le poste passive pecuniarie già contabilizzate alla data della dichiarazione di dissesto, sia sotto il profilo contabile sia sotto il profilo della competenza

amministrativa, ma anche tutte le svariate obbligazioni che, pur se sorte in seguito, costituiscano comunque la conseguenza diretta e immediata di atti e fatti di gestione pregressi alla dichiarazione di dissesto^[xiii].

La differenza non è di poco conto in quanto ove i crediti rientrino nella massa liquidatoria si applica il principio della concorsualità, della *par condicio creditorum* con probabilità di riduzione dell'importo e la regola del blocco delle esecuzioni, nell'altra ipotesi invece l'obbligazione rientra nella gestione ordinaria con pieno riconoscimento della pretesa.

Sulla posizione della Plenaria n. 15/2020 è stata chiesta una rimeditazione, ai sensi dell'art. 99, c. 3, c.p.a., e in particolare sull'interpretazione del combinato disposto dell'art. 252 c. 4, d.lgs. 267/2000, nonché dell'art. 5 c. 2 del d.l. 80/2004 convertito nella l. n. 140/2004 in un'ottica costituzionalmente orientata e anche conforme ai principi dettati dalla Cedu^[xiv].

Nel caso di specie, il Comune resistente aveva dichiarato il dissesto in data 19 giugno 2017 e il decreto ingiuntivo era stato emanato dopo tale dichiarazione, pur riferendosi a fatti che precedevano lo stato di dissesto, con la conseguenza che la pretesa dei creditori non avrebbe potuto trovare accoglimento, alla luce di quanto affermato dalla Plenaria n. 15/2020.

I creditori dopo aver ottenuto l'ingiunzione di pagamento attivavano la richiesta di adempimento con giudizio di ottemperanza avanti al Tar Lazio. Quest'ultimo aveva dichiarato il ricorso inammissibile considerato che il Comune aveva dichiarato lo stato di dissesto finanziario e che, ai sensi dell'art. 248, c. 2 TUEL dalla data della predetta dichiarazione e sino all'approvazione del rendiconto di gestione da parte dell'organo straordinario di liquidazione, non possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive nei confronti dell'ente per i debiti che rientrano nella competenza del predetto organo straordinario (cfr. in ultimo Tar Lazio, II bis, n.1768 del 2019)^[xv].

L'analisi storica dell'istituto del dissesto ci permette comprendere meglio la fattispecie in quanto l'impostazione e il modello funzionale del dissesto basato sulla separazione tra le attività finalizzate al risanamento e quelle di liquidazione della massa passiva, dopo un percorso importante, e come lo ribadisce la stessa Plenaria n. 1, *ha assunto una fisionomia analoga al fallimento privatistico, il quale, come è noto, non è sottoposto a termini finali certi senza che, per questo, si sia dubitato della sua legittimità costituzionale, trattandosi peraltro di un istituto diffuso a livello comunitario.*

3. Aspetti ricostruttivi sul dissesto

3.1. Prima fase: il dissesto gestito dall'ente stesso. Il dissesto come procedura interna di risanamento.

Il testo unico della legge comunale e provinciale, il R.d. n.383/1934, ha ignorato del tutto l'argomento, a lungo trascurato anche dopo l'instaurazione dell'ordinamento repubblicano. Dapprima la giustificazione si poteva rinvenire nel modello statocentrico dove i comuni e province erano considerati organi di amministrazione indiretta dello Stato, a base territoriale, che perseguivano interessi coincidenti con quelli statali e quindi da assoggettare a un penetrante controllo, di legittimità e di merito, in ossequio al principio dell'unitarietà dell'azione amministrativa.

A seguito della riforma tributaria degli anni Settanta del Secolo scorso fu instaurato un sistema caratterizzato dall'accentramento delle entrate, lasciando in vita solo pochi tributi locali, e dal decentramento della spesa^[xvi]. La trasformazione della finanza locale in finanza pressoché interamente derivata, cioè composta prevalentemente da trasferimenti statali, e in minor misura anche regionali, ha comportato una certa propensione degli enti locali, in specie del Comune, a spendere risorse che più non erano onerati a procacciarsi: in ogni caso il rifinanziamento dello Stato, attraverso il Ministero dell'Interno, sarebbe sempre intervenuto a risolvere le situazioni finanziariamente più delicate^[xvii].

Nel corso degli anni il comportamento scarsamente responsabile delle amministrazioni locali si è tradotto soprattutto nell'assumere in pianta stabile spese eccedenti: ne è un esempio lampante l'ampliamento spesso irragionevole delle piante organiche, con conseguente abnorme incidenza delle spese di personale sulle spese correnti (talvolta oltre il 60%).

Il fenomeno del dissesto incominciava, dunque, ad assumere proporzioni preoccupanti e sembrò evidente l'insufficienza, almeno nel lungo periodo, del ricorso all'aiuto statale: fin dalla fine degli anni Settanta del Secolo si pose l'esigenza di correggere e di regolamentare appropriatamente la gestione finanziaria degli enti locali.

Il d.P.R. n. 421/1979 ha introdotto l'obbligo del pareggio di bilancio: ma tale obbligo, anziché sortire una maggiore oculatezza e responsabilizzazione nei comportamenti finanziari locali, venne fin da subito facilmente eluso. Infatti, il pareggio di bilancio magicamente si materializzava attraverso una sovrastima delle entrate ed una sottostima delle spese e poco importava che, dato il carattere meramente formale di questo pareggio, i fondi prima o poi, durante la gestione, si esaurivano, costringendo le amministrazioni all'indebitamento per far fronte ai sempre più numerosi debiti fuori bilancio.

Il grave fenomeno dei debiti fuori bilancio fu rappresentato per la prima volta dal d.l. n.318/1986, convertito in l. n. 488/1986, il cui art. 1 bis, rubricato "Controllo di gestione" ammoniva gli enti locali al rispetto degli equilibri di bilancio ed al pareggio di bilancio.

Il suddetto articolo 1 bis non riuscì a contrastare con efficacia le più gravi forme di indebitamento spesso derivanti da attività anche formalmente illegittime. Il legislatore statale decise di dettare le prime sostanziali norme in materia, quelle contenute negli articoli 23, 24 e 25 del d.l. n. 66/1989 convertito nella l. n.144/1989^[xviii].

L'art. 25 l. n. 144/1989 introduceva, per la prima volta, il concetto di dissesto per quegli enti locali che non erano in grado di sanare la propria situazione debitoria. Esso affidava la gestione del risanamento *allo stesso ente locale* che aveva dichiarato lo stato di dissesto^[xix]. In questa prima versione dell'istituto del risanamento, l'ente dissestato adottava, a mezzo dei propri organi istituzionali, un unico strumento denominato piano di risanamento finanziario, e destinato sia a regolare i rapporti pregressi che a gettare le basi per una futura corretta conduzione finanziaria.

La normativa sul dissesto prevedeva un intervento eccezionale dello Stato, nel caso in cui gli enti non potessero far fronte ai debiti con l'autofinanziamento, ma chiedeva all'ente locale di contribuire al risanamento attraverso l'adozione di provvedimenti del pari eccezionali. Lo Stato infatti consentiva all'ente dissestato di contrarre con la Cassa depositi e prestiti un mutuo per il finanziamento dell'indebitamento pregresso^[xx], il cui onere era a totale carico

dello Stato stesso. Lo Stato assicurava l'adeguamento dei contributi correnti alla media pro-capite della fascia demografica di appartenenza, nel caso degli enti sottodotati, nonché il rimborso degli oneri del personale posto in mobilità e la conservazione per sempre dei relativi fondi.

In un primo momento alcuni enti dichiararono il dissesto con una certa leggerezza, allettati dal rilevante contributo statale, e convinti che non fossero poi così stringenti i provvedimenti da adottare. In effetti così non era. Nonostante questi innegabili vantaggi i provvedimenti da adottare in materia di personale e di tributi locali erano ritenuti così pesanti che gli enti arrivavano alla dichiarazione di dissesto solo quando, a seguito delle azioni esecutive dei creditori, non era più possibile pagare gli stipendi al personale dipendente.

3.2. Seconda fase: la netta separazione di compiti e competenze tra la gestione passata e quella corrente. Il dissesto come procedura concorsuale atipica

Con l'art. 21, d.l. n. 8/93, conv. in l. n. 68/93, si è proceduto alla separazione delle competenze tra la gestione della situazione pregressa affidata ad un Organo straordinario di liquidazione e la gestione ordinaria che l'ente locale doveva impostare in modo innovativo, redigendo un'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato.

Con il d.l. n. 8/93, si passa quindi ad una *netta separazione di compiti e competenze tra la gestione passata e quella corrente*. In tal modo l'amministrazione locale deve esclusivamente occuparsi del bilancio risanato dal quale iniziare una nuova vita in modo da non ricadere nel disavanzo.

Lo scopo della normativa sul dissesto è liberare gli enti locali dall'indebitamento pregresso e assicurare condizioni di stabile riequilibrio della gestione finanziaria^[xxi]. Originariamente la disciplina del risanamento degli enti locali dissestati mostrava una maggiore attenzione agli interessi degli enti ponendo in secondo piano le ragioni dei creditori. In tempi più recenti, anche a seguito di pronunce della Consulta^[xxii], il legislatore ha mostrato maggiore attenzione al bilanciamento degli opposti interessi del risanamento dell'ente locale e della piena tutela della posizione dei creditori evidenziando la *par condicio creditorum*.

In particolare, spicca l'accostamento, sul piano della struttura della procedura, alle procedure concorsuali applicabili al settore delle imprese.

Il fallimento si propone di soddisfare i creditori del debitore insolvente, applicando nella maniera più ampia possibile il principio della *par condicio creditorum* e destinando la totalità dell'attivo alla totalità dei creditori: la sorte dell'impresa fallita è la sua cancellazione dal mondo giuridico^[xxiii].

La normativa in materia di risanamento, invece, se, da un lato, mira a quantificare i debiti esistenti alla data della deliberazione di dissesto, a reperire la massa attiva ed a distribuirla ai creditori - in ciò si ravvisa, dunque, una chiara analogia con le procedure concorsuali - dall'altro, si propone uno scopo ulteriore, e decisamente qualificante, che è la correzione dei guasti della precedente gestione finanziaria, al fine di rimettere l'ente in grado di funzionare senza squilibri e di svolgere i compiti per i quali esso è costituito^[xxiv].

La somiglianza della procedura con quella del fallimento privatistico si rinveniva nel fatto che il contributo dello Stato per il pagamento dell'indebitamento pregresso veniva

quantificato in rapporto alla popolazione dell'ente dissestato, ma, sempre in rapporto a tale popolazione, e così veniva fissato un importo massimo accordabile.

3.3. Terza fase: il suo perfezionamento

Con il d.P.R. n. 378/93 è stato approvato il regolamento recante norme sul risanamento degli enti locali, la cui disciplina oggi può ritenersi in gran parte superata dalle disposizioni dettate dal d.lgs. n. 77/1995, ed ora dal t.u. ord. enti locali^[xxv].

Poi con il d.lgs. n. 336/1996 seguirono ulteriori modifiche, che hanno previsto una esaustiva definizione di dissesto finanziario.

Infatti, fino a quel momento non poche incertezze ruotavano attorno alla definizione stessa del dissesto. Lo stato di dissesto, secondo la normativa richiamata, consiste nella situazione in cui l'ente non può garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili ovvero quando esistono nei confronti dell'ente crediti liquidi ed esigibili di terzi cui non si possa far validamente fronte^[xxvi]. Si esclude qualsiasi discrezionalità per quanto riguarda la declaratoria di dissesto dell'ente, il quale, in presenza di dati obiettivi, è "obbligato" a dichiararla.

L'intera disciplina del risanamento finanziario, infine, è confluita nel t.u. ord. enti locali (il d.lgs. n. 267/00).

Sono poi intervenute, in materia procedurale il d.l. n. 13/02, conv. in l. n. 75/02 e il d.l. n. 50/03 conv. in l. n. 116/03 che hanno aggiunto nuove disposizioni al presente t.u. ord. enti locali (artt. 268 *bis* e 268 *ter*). Infine, entrambi gli articoli citati sono stati ulteriormente modificati ed integrati dal d.l. n. 44/05 conv. in l. n. 88/05.

3.4. Quarta fase: l'incertezza: l'abbandono della disciplina, il venir meno della garanzia dello Stato e la sua ripresa

L'entrata in vigore della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 ha innescato una serie di sconvolgimenti nell'istituto del dissesto finanziario. In attesa dell'attuazione Titolo V della parte II Cost. Si è proceduto, in un primo momento all'abrogazione delle disposizioni del titolo VIII della parte II t.u. ord. enti locali ed in particolare la soppressione della contribuzione statale sul relativo onere di ammortamento.

La l.f. per il 2003 (art. 31, comma 15, l. n. 289/02), a seguito delle modificazioni apportate al Titolo V della parte II Cost. ed in attesa della fissazione dei nuovi principi generali del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, in un primo momento, ha disposto l'*abrogazione* delle disposizioni del titolo VIII della parte II t.u. ord. enti locali che disciplinano l'assunzione di mutui per il risanamento degli enti locali dissestati, nonché la contribuzione statale sul relativo onere di ammortamento.

Successivamente, con la l. f. per il 2004 (art. 4, comma 208, l. n. 350/03) si è *sostituita l'abrogazione con la non applicazione* di detta normativa e si è eliminata la previsione che le disposizioni continuassero ad applicarsi per i dissesti deliberati antecedentemente alla riforma costituzionale.

Sorsero non pochi dubbi sulla capacità degli enti dissestati di poter trovare le risorse per risanarsi, ma è pur vero che il pregresso sistema, probabilmente, deresponsabilizzava in maniera eccessiva gli enti stessi[[xxvii](#)]. La disciplina, necessariamente condizionata dal divieto della garanzia statale sull'indebitamento degli enti locali introdotto dall'art. 119, ult. c. Cost, consente l'assunzione di oneri da parte dello Stato non inferiori a quelli che assicurino l'erogazione di livelli essenziali di prestazioni a favore dei cittadini degli enti in dissesto, ferma l'opportunità di procedure di controllo, monitoraggio e segnalazione che evidenzino anticipatamente situazioni di difficoltà finanziaria[[xxviii](#)].

Attualmente l'intervento sussidiario dello Stato è previsto sotto varie forme.

L'art. 15-bis, l. n. 160/2016 di modifica dell'art. 256, c. 12, TUEL, prevede che in caso di massa attiva incapiante, tale da compromettere il risanamento dell'ente il Ministro dell'interno *può stabilire misure straordinarie per il pagamento integrale della massa passiva della liquidazione, anche in deroga alle norme vigenti*, in questo caso senza tuttavia oneri a carico dello Stato.

L'articolo 53, c. 1, d.l. n. 104/20 ha istituito un fondo, con una dotazione di 100 milioni di euro per il 2020 e 50 milioni per il 2021 e il 2022, finalizzato a favorire il risanamento finanziario dei comuni che presentano un deficit strutturale, non derivante da patologie organizzative, bensì dalle caratteristiche socio economiche della collettività e del territorio, in attuazione della sentenza n. 115/2020 della Corte costituzionale che ha voluto affermare il profilo dell'equità intergenerazionale. La sentenza stabilisce, in un *obiter dictum*, che le misure statali di risanamento finanziario in favore degli enti territoriali possono giustificarsi in presenza di deficit strutturale, imputabile alle caratteristiche socio-economiche della collettività e del territorio, e non a patologie organizzative, come nel caso di inefficienze amministrative legate alla riscossione dei tributi.

Con D.M. 11 novembre 2020 sono state ripartite risorse del fondo (200 milioni di euro nel triennio 2020-2022).

La legge di bilancio 2021 n. 178/2020, art. 1 c. 775-777, ha incrementato la dotazione del fondo per il sostegno ai comuni in deficit strutturale.

Il d.l. n. 34/2019, art. 38, c. 1-*septies*, ha previsto l'istituzione di un fondo per il concorso al pagamento del debito dei comuni capoluogo delle città metropolitane[[xxix](#)].

3.5. Quinta fase: nuovi strumenti e i vincoli di finanza pubblica dopo la l. cost. n. 1/2012. Il dissesto guidato. Il c.d. predissesto o la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale.

L'ulteriore evoluzione è rappresentata dalla costruzione di un sistema di contenimento della crisi in base al principio della proporzionalità, della precauzione e della gradazione degli strumenti di risoluzione delle crisi al fine di ampliare le possibilità per gli enti locali di correggere gli squilibri finanziari ed evitare le conseguenze negative del dissesto che è l'ultima *ratio*.

In tale ottica sono stati introdotti il dissesto guidato e il predissesto.

Il dissesto guidato è stato introdotto dall'art. 6, c. 2, d.Lgs. 6 settembre 2011, n. 149 nel quale assumono un ruolo centrale le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti. Tale procedura è finalizzata a prevenire situazioni di squilibrio finanziario e a fare più facilmente emergere i casi di dissesto finanziario. In particolare, la norma prevede che qualora dalle pronunce delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti emergano comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria, violazioni degli obiettivi della finanza pubblica allargata e irregolarità contabili o squilibri strutturali del bilancio dell'ente locale in grado di provocarne il dissesto finanziario, la Corte dei conti assegna all'ente un termine ai fini dell'adozione delle misure correttive necessarie.

Qualora l'ente non provveda, entro il termine assegnato dalla Corte dei Conti, ad adottare le misure (o comunque le misure adottate non siano ritenute soddisfacenti), la Corte trasmette gli atti al Prefetto (e alla Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica), il quale, accertato (entro trenta giorni) il perdurante inadempimento dell'ente locale e la sussistenza delle condizioni di grave squilibrio, assegna al Consiglio un termine non superiore a venti giorni per la deliberazione del dissesto. In caso di inerzia del Consiglio, il Prefetto nomina un commissario per la deliberazione dello stato di dissesto, dando così corso alla procedura di scioglimento del consiglio dell'ente ai sensi dell'art. 141 TUEL.

Gli articoli 243-bis e seguenti del TUEL, inseriti dal d.l. n. 174 del 2012, invece, hanno introdotto la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale (c.d. predissesto) degli enti locali che versano in una situazione di squilibrio strutturale del bilancio, in grado di provocarne il dissesto finanziario, allo scopo di evitare, a tali enti, la dichiarazione di dissesto.

La condizione giuridico finanziaria è rappresentata dalla condizione di squilibrio rilevante il si individua nell'incapacità dell'ente di adempiere alle proprie obbligazioni esigibili a causa della mancanza di risorse effettive a copertura delle spese e, solitamente, della correlata mancanza o grave carenza di liquidità disponibile; tale squilibrio è "strutturale" quando il deficit – da disavanzo di amministrazione o da debiti fuori bilancio – esorbita le ordinarie capacità di bilancio e di ripristino degli equilibri e richiede mezzi ulteriori, extra ordinem (in termini di fonti di finanziamento, dilazione passività, ecc.).

La peculiarità dell'istituto del cd. predissesto risiede nel fatto che la procedura è avviata autonomamente dell'ente, con l'obiettivo di valorizzare la responsabilità degli organi ordinari nell'assunzione delle iniziative per il risanamento.

La disciplina del predissesto, ha subito numerose integrazioni e modifiche normative, principalmente volte a consentire agli enti locali, la facoltà di riformulazione e/o rimodulazione dei piani di riequilibrio, per lo più legate all'esigenza di coordinamento tra i contenuti del piano di riequilibrio e gli eventuali effetti peggiorativi derivanti dall'adozione degli adempimenti previsti per il passaggio al sistema di contabilità armonizzata, introdotta dal d.Lgs. n. 118/2011.

Specifiche disposizioni sono state adottate, inoltre, a seguito della crisi connessa all'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Sul punto era intervenuta la Corte costituzionale con sent. 14 febbraio 2019, n. 18 censurando l'art. 1, c. 714, l. n. 208/2015 sost. dall'art. 1, c. 434, l. n. 232/2016 in quanto l'ammortamento

sulle anticipazioni di liquidità che consentono agli enti locali in predissesto di finanziare il disavanzo di parte corrente, spalmato su un arco temporale di trent'anni, *viola il principio dell'equilibrio dinamico del bilancio al quale tutte le pubbliche amministrazioni sono costituzionalmente soggette, e si pone in contrasto con il principio di responsabilità politica degli amministratori locali di fronte ai propri elettori e contraddicono elementari principi di equità tra le generazioni presenti e future.*

Sentenza importante anche per aver riconosciuto la legittimazione delle Sezioni regionali ad adire il Giudice delle leggi nell'ambito del controllo di legittimità-regolarità sui bilanci degli enti territoriali e, in particolar modo, nell'esercizio dei poteri di vigilanza sull'adozione e sull'attuazione delle misure di riequilibrio finanziario.

4. L'antitesi Stato-mercato e i contro-limiti nella Plenaria n.1/2022

La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1/2022 si innesta in questa trama ed è chiamata a rimeditare la posizione assunta nella precedente n. 15/2020 sul rapporto tra la procedura di liquidazione straordinaria e sulla collocazione dei crediti nella procedura di dissesto.

La Plenaria ha comunque confermato la precedente posizione assumendo una posizione di tutela dei conti pubblici senza però pregiudicare la posizione dei creditori privati e le loro pretese.

La trama è data dalla collocazione del dissesto finanziario all'interno dell'antitesi Stato-mercato.

La motivazione della Plenaria a mio avviso è chiara e logica, quasi non necessaria se non per il fatto di essere messa di fronte alla pronuncia della Cedu n. 43780/2004 del 24.9.2013 (*De Luca c/o Italia*, orientamento che secondo la Plenaria *non risulta completamente consolidato a livello di Corte dei diritti dell'uomo*).

La Cedu giustamente afferma che *un credito certo, liquido ed esigibile, com'è quello derivante da una sentenza passata in giudicato, è un bene e pertanto il mancato pagamento di quel credito reca offesa al diritto al rispetto dei beni del creditore e che la mancanza di risorse di un comune non può giustificare la mancata soddisfazione di un credito certo, liquido ed esigibile derivante da una sentenza passata in giudicato; pertanto, trattandosi di una collettività locale, cioè di un organo dello stato, è quest'ultimo che risulta obbligato a pagare*".

E più incisivamente ribadisce che *ne consegue l'obbligo per lo Stato di appartenenza di pagare le somme dovute dagli enti locali nei termini e secondo le modalità prescritte dalla convenzione.*

Tuttavia sulla scorta di questa sentenza si vorrebbe applicare senza riserve un tale assunto imputando all'apparato pubblico (ente locale e in ultima istanza allo Stato) l'obbligo di pagare in ogni caso e non solo nelle ipotesi emerse in quella situazione concreta descritta dalla sentenza Cedu n. 43780/2004 (v. sopra) che era di sostanziale espropriazione del credito per effetto dell'eccessiva durata della procedura.

Non si vede la ragione per la quale lo Stato dovrebbe *in ogni caso pagare* considerate le previsioni degli artt. 81, 97 e 119 Cost. sull'indebitamento e sulle garanzie statali.

La costruzione del sistema del dissesto caratterizzato dalla separazione tra le attività finalizzate al risanamento e quelle di liquidazione della massa passiva, *attesta una fisionomia analoga al fallimento privatistico*, il quale blocca le azioni esecutive, instaura una procedura liquidatoria competitiva a garanzia della *par condicio creditorum* e non è sottoposto a termini finali certi senza che, per questo, si sia dubitato della sua legittimità costituzionale, trattandosi peraltro di un istituto diffuso a livello eurocomunitario.

Inoltre nel caso del dissesto, a differenza dalla posizione storica ante riforma del Titolo V della Costituzione e della l. cost. n. 1/2012, è comunque previsto un intervento, sia pure non illimitato, dello Stato, con funzione tipica di “*pagatore di ultima istanza*” all’interno del sistema di finanza pubblica che da esso promana.

Nota, infatti, la Plenaria che *a ciò si contrappone un regime dei debiti commerciali dell’ente locale proprio delle transazioni tra imprese, in cui non sono ordinariamente previsti interventi di sostegno pubblico contro l’insolvenza*.

La questione, come è stato notato[xxx], è forse un’altra e riguarda essenzialmente il rapporto delle norme interne con quelle euro-unitarie e internazionali, potendosi ravvisare sul punto e sulla teoria dei contro-limiti una differenza di vedute tra le recenti posizioni della Corte di giustizia UE e del Consiglio di Stato.

In effetti la Corte di giustizia UE, Grande sezione, 21 dicembre 2021, C-497/20, *Randstad Italia s.p.a.* ha ritenuto, in via generale, che tutte le norme di diritto interno, anche costituzionali, non possono pregiudicare l’unità e l’efficacia del diritto dell’Unione e gli effetti di tale principio si impongono a tutti gli organi di uno Stato membro, senza che le disposizioni interne relative alla ripartizione delle competenze giurisdizionali possano opporvisi[xxxi].

Invece la Plenaria n. 1/2022 assume la posizione secondo la quale *ove si ravvisi un contrasto della legge nazionale con i parametri della CEDU, la soluzione non può essere l’applicazione diretta della stessa e l’unica strada consentita all’interprete è rimettere la questione alla Corte costituzionale perché valuti la costituzionalità della legge alla luce del parametro interposto descritto dall’art. 117, comma 1, Cost.[xxxii].*

Talché le norme internazionali – che assumono nel giudizio di costituzionalità la consistenza di parametro interposto ai sensi dell’art. 117, comma 1, Cost. – prima di poter essere applicate dal giudice nazionale quale fonte del diritto, devono essere valutate come conformi alle disposizioni della Costituzione e non solo ai principi costituzionali fondamentali[xxxiii].

Per quanto riguarda l’aspetto sostanziale sulla compatibilità della disciplina la Plenaria riconosce che le caratteristiche del procedimento di dissesto siano espressive di un *equilibrato e razionale bilanciamento, a livello normativo, con la necessità, da un lato, di ripristinare la continuità di esercizio dell’ente locale incapace di assolvere alle funzioni e i servizi indispensabili per la comunità locale, e, dall’altro lato, di tutelare i creditori*.

L’equilibrio così delineato sul piano della vigente normativa, secondo la Plenaria, *rende evidente e manifesto che la disciplina sullo stato di dissesto non può ritenersi contrario ad alcun parametro costituzionale, né in via diretta né attraverso il meccanismo della norma interposta ex art. 117, comma 1, Cost.*

[i] Camera dei deputati, Servizio studi, XVIII legislatura, *Dissesto e procedura di riequilibrio finanziario degli enti locali*, 10 febbraio 2022, in <https://temi.camera.it/leg18/temi/dissesto-e-predissesto-finanziario-degli-enti-locali.html>.

[ii] Rapporto Ca' Foscari sui comuni 2020, in http://www.cafoscari.eu/studi/public/elen_info.php.

[iii] Corte dei Conti, *Relazione sulla gestione finanziaria degli enti locali*, 2021

[iv] F. Merusi, *Il sogno di Diocleziano. Ruolo del diritto pubblico nelle crisi economiche*, in *Riv. Trim. dir. Economia*, 1, 2013, 3.

[v] F. Fracchia, *Il diritto dell'economia alla ricerca di uno spazio nell'era della globalizzazione*, in *Dir. dell'economia*, 25, n. 77, 11-37.

[vi] Sul modello del processo per materie si rinvia a S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1, 79. Sia consentito per la crisi e fallibilità delle società pubbliche il mio *Le società partecipate tra crisi e insolvenza*, in *DeS*, 2, 2015, 317-365.

[vii] Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 20 luglio 2020, n. 12/2020/QMIG, in <https://www.corteconti.it/Download?id=8732180d-477b-4d7c-8631-1e89d4ac48d1>.

[viii] G. Vinciguerra, *Riconoscimento dei debiti fuori bilancio nei Comuni in dissesto: il parere della Corte dei conti (deliberazione Sezione Autonomie n. 12/2020)*, in *lentepubblica.it*.

[ix] F.G. Scoca, in *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, a cura di Mazzaroli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, p. 291 – 299. Sia ancora consentito il rinvio al mio *La dinamica relazionale tra collettività e attività finanziaria*, in *DeS*, 2, 2021, pp. 181-222

[x] Come esempio il caso della l.r. della Sardegna n. 13/05, integrata dalla l.r. n. 8/06, ha introdotto l'art. 5bis rubricato "Competenze della Regione" il quale ha stabilito che le funzioni attribuite alle prefetture dal d.lgs. 267/00 sono esercitate dalla Regione Sardegna, salvi alcuni casi.

[xi] La questione oggetto di deferimento ruotava intorno all'interpretazione da riconoscere all'espressione "atti e fatti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato", contenuta nell'art. 252 TUEL, ovvero al significato da attribuire alla clausola normativa di tipo interpretativo del predetto disposto del TUEL, aggiunta dal citato decreto legge del 2004, l'Adunanza afferma di ritenere che "rientrano nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione, non solo le poste passive pecuniarie già contabilizzate alla data della dichiarazione di dissesto, bensì anche tutte le svariate obbligazioni che, pur se stricto jure sorte in seguito, costituiscono comunque la conseguenza diretta ed immediata di «atti e fatti di gestione» pregressi alla dichiarazione di dissesto".

[xii] L. Mercati, *Il dissesto degli enti locali dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Giur. it.*, 2014, 373.

[xiii] Con l'ordinanza 20 marzo 2020, n. 1994, la IV Sezione del Consiglio di Stato, trattando di una vicenda di acquisizione sanante che obbligava un ente locale al pagamento dell'indennizzo e del risarcimento ex art. 42-bis del d.P.R. n. 327/2001, ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione della corretta interpretazione delle parole *fatti ed atti di gestione* di cui all'art. 252, c. 4, TUEL, al fine di individuare la competenza o meno dell'organo straordinario di liquidazione sulle poste passive di bilancio. Il principio affermato è il seguente: *la disciplina normativa sul dissesto, basata sulla creazione di una massa separata affidata alla gestione di un organo straordinario, distinto dagli organi istituzionali dell'ente locale, può produrre effetti positivi soltanto se tutte le poste passive riferibili a fatti antecedenti al riequilibrio del bilancio dell'ente possono essere attratte alla predetta gestione, benché il relativo accertamento (giurisdizionale o, come nel caso di specie, amministrativo) sia successivo.*

[xiv] News US, 3 settembre 2020, n. 92 in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

[xv] Nel caso di specie, il Tribunale di Viterbo aveva emesso un decreto ingiuntivo nei confronti del Comune per il pagamento in favore degli avvocati delle loro parcelle. Il suddetto decreto, non opposto e dichiarato esecutivo, veniva corredato di formula esecutiva, con successiva notifica. A fronte dell'inerzia del Comune, gli interessati avevano proposto al TAR Lazio ricorso per l'ottemperanza, ex artt. 112 e ss. c.p.a., con richiesta di nomina di un commissario ad acta in caso di persistente inadempimento. Con sentenza 26 luglio 2019, n. 10043, appellata, il TAR rilevava che il Comune, con delibera

c.c. n.10 del 19 giugno 2017 aveva dichiarato lo stato di dissesto finanziario; ai sensi dell'art.248, comma 2, d.lgs. n. 267-2000. Pertanto, trattandosi di provvedimento giurisdizionale intervenuto dopo la dichiarazione dello stato di dissesto, ma relativo a fatti precedenti a detta dichiarazione, i relativi crediti dei privati che avevano agito in sede monitoria dovevano necessariamente essere ascritti alla gestione liquidatoria. Con la conseguenza che, dalla data della predetta dichiarazione e sino all'approvazione del rendiconto di gestione da parte dell'organo straordinario di liquidazione, non potevano essere intraprese o proseguite azioni esecutive nei confronti dell'Ente per i debiti che rientrano nella competenza del predetto organo straordinario, in relazione al principio della par condicio dei creditori, e che la tutela della concorsualità comportava l'inibitoria anche del ricorso di ottemperanza, in quanto misura coattiva di soddisfacimento individuale del creditore.

[xvi] A. Brancasi, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005, p. 29.

[xvii] Sul dissesto in generale si veda A. R. De Dominicis, *Dissesto degli enti locali*, Milano, 2000. Per un'analisi approfondita l'ottimo lavoro di e.k. Danielli e M.G. Pitallis, *Il dissesto finanziario alla luce del nuovo assetto normativo*, Ministero dell'interno, Dipartimento per gli affari interni e territoriali, Roma, 2006. Per la ricostruzione storica dell'istituto si consulti: E. Spicaglia, *Il dissesto finanziario degli enti locali*, in <http://finanzalocale.interno.it/pub/dissesto/ildissestofinanziario.html>, 2001 e R. nevola, *Il dissesto e il risanamento degli enti locali*, in www.dirittoitalia.it, 2, 3, 2001.

[xviii] La ricostruzione storica è bene illustrata da E. Spicaglia, *Il dissesto finanziario degli enti locali*, in <http://finanzalocale.interno.it/pub/dissesto/ildissestofinanziario.html>, 2001.

[xix] "Le amministrazioni provinciali ed i Comuni che si trovano in condizioni tali da non poter garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi primari sono tenuti ad approvare con deliberazione dei rispettivi consigli, il piano di risanamento finanziario per provvedere alla copertura delle passività già esistenti e per assicurare in via permanente condizioni di equilibrio della gestione".

[xx] Per indebitamento pregresso si intende il disavanzo di amministrazione da conto consuntivo dell'ultimo esercizio precedente il dissesto ed i debiti fuori bilancio riconoscibili, in quanto rispondenti ai fini istituzionali dell'ente locale.

[xxi] De Dominicis, *op. cit.*, 17

[xxii] Corte cost. 155/94, 242/94 e 149/94, nonché Circ. Min. Interno 26 gennaio 1999, n. 7/99.

[xxiii] Sulle distinzioni tra procedura fallimentare e quella sul dissesto si veda V. Caputi Jambrenghi, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di Losurdo, Sabatelli, Virgintino, 2003, 37.

[xxiv] Cfr. E. Spicaglia, *Il dissesto finanziario degli enti locali*, in <http://finanzalocale.interno.it/pub/dissesto/ildissestofinanziario.html>, 2001

[xxv] v. Circ. Min. Interno, 20 settembre 1993, n. 1

[xxvi] L'impossibilità di garantire le funzioni e i servizi indispensabili e di onorare i debiti rappresentano indici di insolvenza autonomi che, sotto un profilo temporale, si manifestano distintamente.

[xxvii] D.m. Interno, 7 giugno 2004, n. 3323; Corte conti, n. 10/04, *La gestione finanziaria degli enti locali esercizi 2002-2003*

[xxviii] Corte conti, Sez. aut., n. 10/04.

[xxix] Camera dei deputati, Servizio studi, XVIII legislatura, *Dissesto e procedura di riequilibrio finanziario degli enti locali*, 10 febbraio 2022, in <https://temi.camera.it/leg18/temi/dissesto-e-predissesto-finanziario-degli-enti-locali.html>.

[xxx] Cfr. News US, n. 10 del 18 gennaio 2022, in www.giustizia-amministrativa.it.

[xxxi] Cfr. il dibattito su *Questa Rivista La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 -causa C-497/20, Randstad Italia? Interviste di R. Conti a Fabio Francario, Giancarlo Montedoro, Paolo Biavati, Renato Rordorf ed Enzo Cannizzaro*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insieme/2146-la-corte-di-giustizia-risponde-alle-s-u-sull-eccesso-di-potere-giurisdizionale-quali-saranno-i-seguiti-a-corte-giust-g-s-21-dicembre-2021-causa-c-497-20-randstad-italia-3-paolo-biavati>; nonché gli Atti del convegno *Il caso Randstad Italia spa: questione di giurisdizione o di giustizia?*, in <https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-e-processo-amministrativo/2190-il-caso-randstad-questione-di-giurisdizione-o-di-giustizia-e> ancora: F. Francario, *Quel*

pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione), in questa Rivista, 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*, in questa Rivista, 11 dicembre 2020; 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 questa Rivista, 24 novembre 2020; M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in questa Rivista, 29 novembre 2020; 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; R. Conti, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I «volti» delle Corti di Cassazione a confronto*, in questa Rivista, 4 marzo 2021; R. Pappalardo, *La corsa al dialogo nella discordia sulla giurisdizione (nota a Cons. St., ord. 18 marzo 2021, n. 2327)*, in questa Rivista, 6 aprile 2021.

[xxxii] Prevede la AP: *Pertanto, l'art. 117, comma 1, Cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le cui norme (come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo) costituiscono fonte integratrice del parametro di costituzionalità introdotto dal citato comma 1 dell'art. 117 Cost. e la cui violazione da parte di una legge statale o regionale comporta l'illegittimità costituzionale della stessa, a meno che la norma della Convenzione non risulti a sua volta – a giudizio della Corte – in contrasto con una norma costituzionale (si tratta dell'operatività dei cc.dd. contro-limiti, soggetti a loro volta condizioni chiarite in dottrina come in giurisprudenza, che ne danno una lettura in senso “costruttivo” e non limitativo del diritto convenzionale).*

[xxxiii] Cfr. News US, n. 10 del 18 gennaio 2022, in www.giustizia-amministrativa.it. Sul punto la AP n.1/2022: *Le norme convenzionali, interposte tra la Costituzione e la legge ordinaria alla stregua di fonti intermedie tra leggi ordinarie e precetti costituzionali, sono dunque idonee a fungere sia da parametro di costituzionalità ex art. 117 Cost., sia (esse stesse) da oggetto del giudizio di costituzionalità; le disposizioni della CEDU (e quelle della Carta sociale europea), rimanendo pur sempre a un livello sub-costituzionale, non si sottraggono al controllo di costituzionalità, essendo evidente, sul piano logico e sistematico, che la Costituzione non può essere integrata da fonti che ne violino i valori precettivi: la costituzionalità delle norme internazionali è, quindi, una precondizione ineludibile per il funzionamento del meccanismo di interposizione plasmato dall'articolo 117 citato. Al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, tenendo peraltro sempre conto degli interessi costituzionalmente protetti in altri articoli della Costituzione.*

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2125 – 13 gennaio 2022

La collaborazione amministrativa nella funzione di vigilanza (bancaria). Profili di giurisdizione e procedimentali (nota a Cass. S.U. 20 aprile 2021, n. 10355)

di Filippo D'Angelo

Sommario: 1. La vicenda decisa dalla Corte di cassazione. – 2. Le questioni teoriche (palesi e latenti) schiuse dalla sentenza. – 3. Il procedimento per acquisire pacchetti azionari nelle banche. – 4. (Segue): la sostanza oltre la forma. – 5. Il valore organizzativo del procedimento amministrativo. – 6. (Segue): le relazioni organizzative procedimentali. – 7. La collaborazione come norma sulla funzione amministrativa comune. – 8. Conclusioni.

1. La vicenda decisa dalla Corte di cassazione.

La sentenza che si annota desta particolare interesse perché si occupa di un argomento di indiscussa centralità nel contesto dell'integrazione europea: i procedimenti amministrativi composti dell'Unione. Come è stato da tempo chiarito dalla dottrina tali procedimenti – anche detti comuni o di coamministrazione – vedono «congiuntamente per protagonisti amministrazioni nazionali e comunitarie»^[1]; ed esprimono una «situazione di contitolarità della funzione» amministrativa tra i due livelli operativi^[2].

La rilevanza della pronuncia della Cassazione si apprezza in due modi: da un lato essa si sofferma sugli aspetti processualistici del procedimento composto esaminato – nella specie quello per autorizzare l'acquisto di pacchetti azionari nelle banche; dall'altro, e più in dettaglio, essa offre interessanti spunti di riflessione in tema di organizzazione amministrativa. Di tutto ciò si dirà a breve; prima è opportuno ripercorrere la successione dei fatti di causa.

La vicenda trae origine dal provvedimento della Banca d'Italia datato 7 ottobre 2014 con cui l'ente, ai sensi dell'art. 19 del Tub modificato dalla direttiva 2013/36/UE (recepita in Italia col d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72), ha ordinato alla Fininvest S.p.A. di cedere le azioni detenute nella società finanziaria Mediolanum S.p.A. dopo la condanna definitiva inflitta al suo azionista di maggioranza per un reato fiscale. Impugnato il provvedimento in sede giurisdizionale il Consiglio di Stato lo ha annullato con la sentenza 3 marzo 2016, n. 882, ritenendo che il requisito dell'onorabilità previsto dal novellato art. 19 Tub andasse applicato solo alle future partecipazioni azionarie e non a quelle pregresse.

Nelle more della causa, tuttavia, la società finanziaria Mediolanum S.p.A. era stata acquisita per incorporazione dalla Banca Mediolanum, così mutando la natura della partecipazione azionaria detenuta da Fininvest S.p.A.: non più in una società finanziaria, ma in un istituto creditizio. Per tale ragione la Banca d'Italia, ritenendo necessaria un'apposita autorizzazione, ha avviato d'ufficio il procedimento disciplinato dall'art. 15 del regolamento dell'Unione n. 1024 del 15 ottobre 2013.

La nuova procedura è terminata il 25 ottobre 2016 col provvedimento della Banca centrale europea che, previa proposta negativa della Banca d'Italia, si è opposta al mantenimento della partecipazione qualificata di Fininvest S.p.A. nella Banca Mediolanum.

La reazione di Fininvest S.p.A. non si è fatta attendere: dapprima ha impugnato il provvedimento della Banca centrale europea avanti al Tribunale di prima istanza dell'Unione^[3]; ha poi impugnato la proposta della Banca d'Italia avanti al tribunale amministrativo del Lazio; ha infine attivato contro il medesimo atto nazionale un'azione di ottemperanza avanti al Consiglio di Stato per elusione della sentenza n. 882/2016 passata in giudicato.

Nel corso di quest'ultimo giudizio il Consiglio di Stato ha sollevato una questione pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia dell'Unione e le ha domandato di stabilire se esso sia competente a sindacare, anche in sede di ottemperanza, gli atti di matrice nazionale interni al procedimento autorizzativo disciplinato dall'art. 15 del regolamento dell'Unione n. 1024 del 15 ottobre 2013.

In riposta il giudice europeo ha chiarito quanto segue con la sentenza C-219/17 del 19 dicembre 2019: «l'eventuale coinvolgimento delle autorità nazionali nel procedimento che conduce all'adozione di tali atti non può mettere in dubbio la qualificazione dei medesimi come atti dell'Unione, quando gli atti adottati dalle autorità nazionali sono tappa di un procedimento nel quale un'istituzione dell'Unione esercita, da sola, il potere decisionale finale senza essere vincolata agli atti preparatori o alle proposte avanzate dalle autorità nazionali»^[4]. Pertanto «quando opta per una procedura amministrativa che prevede l'adozione da parte delle autorità nazionali di atti preparatori a una decisione finale di un'istituzione dell'Unione che produce effetti di diritto e può arrecare pregiudizio, il legislatore dell'Unione intende stabilire, tra tale istituzione e tali autorità nazionali, un meccanismo particolare di collaborazione fondato sulla competenza decisionale esclusiva dell'istituzione dell'Unione»^[5]. In conseguenza di ciò «solo il giudice dell'Unione è competente a valutare, in via incidentale, se la legittimità della decisione della BCE del 25 ottobre 2016 sia inficiata da eventuali vizi degli atti preparatori di tale decisione emanati dalla Banca d'Italia. Tale competenza esclude ogni competenza giurisdizionale nazionale avverso detti atti»^[6].

Sulla scorta di tali conclusioni il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile l'azione di ottemperanza promossa dalla Fininvest S.p.A.

Contro tale decisione la società ha allora proposto un ricorso in cassazione per rifiuto di giurisdizione ai sensi dell'art. 111, co. 8 della Costituzione. In linea con la decisione del giudice europeo l'impugnativa di terzo grado è stata integralmente respinta dalla Corte nazionale perché nella «materia delle acquisizioni di partecipazioni qualificate in banche, l'attribuzione dei poteri decisionali spetta, secondo il Meccanismo di vigilanza unico dell'unione bancaria, alla BCE nel contesto di un procedimento parimenti unitario di cui fanno parte gli atti delle autorità nazionali centrali. La circostanza che le decisioni terminali della BCE debbano essere sottoposte al controllo di legittimità della giurisdizione della UE, anche di riflesso ai vizi degli atti intermedi delle ANC, e anche in applicazione della normativa nazionale dei singoli Stati ove rilevante in base alle opzioni esplicitamente riconosciute agli Stati membri, è una mera conseguenza della suddetta architettura procedimentale unitaria. Pertanto il rimedio dell'ottemperanza semplicemente non può essere esercitato, in concreto, col fine di sindacare gli atti preparatori delle ANC, poiché anche codesti sono infine atti interni di un procedimento dell'Unione, non soggetti, come la decisione finale, ad altri che alla giurisdizione Europea»[7].

2. Le questioni teoriche (palesi e latenti) schiuse dalla sentenza.

Ripercorsi i fatti controversi si può asserire che la lettura della sentenza della Cassazione schiude due orizzonti di analisi degni della massima considerazione e densi di contenuto teorico: uno è immediatamente percepibile; l'altro è più celato, ma non meno significativo.

Veniamo al primo.

La dottrina e la giurisprudenza si sono spesso occupate dei procedimenti di coamministrazione per le loro implicazioni di carattere 'processuale' come testimonia l'amplessissima letteratura scientifica in tema[8]; da questo punto di vista la sentenza in commento non ha fatto eccezione e si è instradata lungo sentieri d'indagine da tempo battuti.

Il risvolto 'processuale' dei procedimenti composti attiene segnatamente al problema del riparto di giurisdizione tra la magistratura interna e quella europea rispetto agli atti della serie procedurale. La regola d'ingaggio, pressoché consolidata, è la seguente: dal momento che i procedimenti composti si snodano in varie fasi di competenza nazionale o europea, il giudice interno e quello dell'Unione hanno giurisdizione nei confronti degli atti delle rispettive amministrazioni tutte le volte in cui essi abbiano carattere vincolante e definitivo; tutte le volte, cioè, in cui siano capaci di provocare un arresto procedimentale[9].

Così, ad esempio, si è espresso il tribunale amministrativo per il Lazio in una recente pronuncia: gli «ordinari procedimenti composti eurounitari» si «collocano nell'ambito degli ordinamenti giuridici integrati» e in essi le «sorti dei segmenti procedimentali (europeo ed interno) sono collegate tra loro»; sul piano processuale ciò che importa è «individuare il giudice eventualmente competente a conoscere della illegittimità dell'atto avente efficacia lesiva»[10].

Tuttavia il passo in avanti compiuto dalla sentenza in commento sulla scorta dell'indirizzo della Corte europea – ed è questo il punto che occorre marcare come elemento di novità – concerne il regime d'impugnazione degli atti interni al procedimento: questi infatti, a prescindere dall'autorità che li adotta, devono seguire il regime d'impugnazione dell'atto definitivo, sia esso di provenienza nazionale o sovranazionale. Secondo la Cassazione anche nei procedimenti composti dell'Unione europea deve valere la regola generale per cui gli atti endoprocedimentali seguono la sorte dell'atto conclusivo^[11]. Rapportata al contesto europeo la conseguenza non è di poco momento perché consente alla Corte di giustizia (ma dovrebbe valere anche il reciproco) di estendere il proprio controllo agli atti delle autorità nazionali che siano prodromici a un provvedimento finale adottato da un'istituzione dell'Unione; con un effetto di convergenza tra sistemi giuridici sempre più accentuato^[12].

Senza dubbio questo è un significativo argomento di riflessione che emerge nitidamente dalla lettura della pronuncia della Cassazione. Ma non è il solo. Non bisogna infatti dimenticare che la prospettiva 'processuale' non è l'unica che si può seguire quando si studiano i procedimenti di coamministrazione dell'Unione europea e, più in generale, il procedimento amministrativo. Ce n'è un'altra non meno importante che riposa sul dato empirico, spesso evidenziato in sede giurisdizionale (v. *retro*), per cui nei procedimenti coamministrati le «sorti dei segmenti procedimentali (europeo ed interno) sono collegate tra loro».

È questa una prospettiva d'esame che si potrebbe definire 'organizzativa'; essa risponde a una precisa domanda: quando e in quali casi si può dire che il procedimento amministrativo sia un mezzo di collegamento (soggettivo e oggettivo) e abbia la capacità di produrre organizzazione?

A tale quesito, cui corrisponde un ulteriore e rilevante problema di teoria generale, sono dedicate le presenti note.

3. Il procedimento per acquisire pacchetti azionari nelle banche.

L'inquadramento giuridico della vicenda decisa dalla Cassazione nella prospettiva segnalata passa anzitutto per l'analisi della struttura formale del procedimento volto ad autorizzare l'acquisto (e la conservazione) di partecipazioni rilevati in enti creditizi^[13].

Esso si svolge nel seguente modo.

Ai sensi dell'art. 15 del regolamento n. 1024/2013 il soggetto interessato presenta una domanda di acquisizione all'autorità di vigilanza nazionale che ne informa senza indugio la Banca centrale europea^[14].

L'amministrazione interna è chiamata a esaminare in via preliminare l'istanza e a verificare nella specie se la «potenziale acquisizione soddisfa tutte le condizioni stabilite dal pertinente diritto dell'Unione e nazionale»; dopodiché essa redige una «proposta di decisione» e indica alla istituzione europea la «propria intenzione di opporsi o non opporsi all'acquisizione»^[15].

Il procedimento si sposta allora in ambito sovranazionale dove spetta alla Banca centrale europea adottare il provvedimento finale e decidere se «vietare l'acquisizione» o autorizzarla^[16].

In particolare essa – ed è il perno di tutta la procedura – adotta il provvedimento finale sulla base della «propria valutazione» della «proposta di acquisizione e del progetto di decisione» nazionale^[17].

4. (Segue): la sostanza oltre la forma.

Da quanto precede emerge che, sotto l'epidermide del procedimento composto, giace il suo sostrato organizzativo: esso consiste nella relazione ausiliaria che lega l'autorità amministrativa nazionale e quella europea; tanto si ricava dalla stessa sentenza della Corte di giustizia C- 219/17 in cui si legge che il ruolo degli enti nazionali consiste nel «registrare le domande di autorizzazione e nel prestare assistenza alla BCE, titolare esclusiva del potere di decisione, segnatamente comunicandole tutte le informazioni necessarie all'adempimento della propria missione, istruendo dette domande e trasmettendole infine una proposta di decisione che non vincola la BCE»^[18].

Ora si ricorderà che le ipotesi di «ausiliarità» danno luogo un «riparto di compiti tra uffici collegati» e si verificano quando a un «ufficio spetta il potere di decisione, ad altro ufficio dei poteri o dei compiti che rispetto alla decisione hanno natura complementare: sono poteri e compiti che non sono fini a se stessi, ma senza i quali il potere di decisione non potrebbe dispiegarsi»^[19].

Per quel che qui interessa il concetto di ausiliarità – come «formula a carattere sostanzialmente organizzativo»^[20] – rileva sotto un duplice aspetto: da un lato per il significato usuale del termine che implica «aiuto, soccorso, assistenza, cooperazione etc., da parte di uno allo scopo di sostenere, agevolare, soccorrere o comunque rendere più efficiente l'attività di un altro»^[21]; dall'altro per il rilievo giuridico della relazione sottostante che postula l'esistenza di un ente con propria soggettività «utilizzato come mezzo da un altro ente»^[22].

Ciò spiega perché in diritto amministrativo la categoria dell'ausiliarità, come rapporto strumentale, sia stata da tempo inquadrata in una prospettiva quasi esclusivamente, dinamica^[23]. Essa riguarda nello specifico i casi in cui, all'interno di uno stesso procedimento, un soggetto è titolare della potestà provvedimentale in senso proprio, mentre ad altro competono poteri di vario contenuto (preparatori, consulenziali, esecutivi), ma non decisori^[24]; entrambi gli uffici concorrono a svolgere la funzione procedimentalizzata, ma uno di essi sta in posizione definibile di coadiuvazione rispetto all'altro secondo la specifica configurazione del ruolo assegnato dalla legge^[25].

Per andare sul concreto si pensi all'art. 11 della legge 24 marzo 2012, n. 27 sulla «apertura di nuove sedi farmaceutiche». La norma recita che ciascun comune, previo censimento della popolazione residente, «individua le nuove sedi farmaceutiche disponibili nel proprio territorio» e «invia i dati alla regione» sotto forma di relazione istruttoria^[26]. Una volta ricevute le informazioni necessarie le autorità regionali hanno il compito di bandire concorsi

pubblici per la «copertura delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione e per quelle vacanti»^[27]. A tal fine esse devono nominare una commissione giudicatrice che è chiamata a valutare i requisiti partecipativi dei candidati e a stilare una graduatoria di merito che assegna ai vincitori le sedi farmaceutiche messe in palio^[28].

L'esempio vuol dimostrare che gli organi ausiliari hanno in genere compiti di natura finale^[29]. Essi sono vincolati a svolgere una certa attività che, ove richiesta, serve a raggiungere determinati fini legali; e ciò avviene sempre in collegamento con l'esercizio del potere principale – vale a dire quello decisionale – di cui quello ausiliario è indispensabile complemento^[30]. La combinazione dei due momenti si consuma all'interno del procedimento amministrativo di cui l'atto ausiliario forma un tassello spesso necessario e qualificante, integrando la fattispecie precettiva sul piano degli effetti^[31].

Tale connessione dà vita a «rapporto di collaborazione» immanente alla figura dell'ausiliarità perché indica una tensione di volontà verso uno scopo comune^[32]; e che è stata giustamente definita «pertinenziale» in quanto l'ausiliario, pur dovendo coadiuvare l'ufficio principale, conserva intatta la propria sfera di autonomia^[33].

Ora questo è esattamente ciò che accade nella descritta procedura per controllare gli assetti proprietari negli enti creditizi.

L'art. 15, par. 1 del regolamento n. 1024/2013 stabilisce che la «notifica di acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio stabilito in uno Stato membro partecipante ovvero ogni informazione connessa è presentata alle autorità nazionali competenti dello Stato membro nel quale è stabilito l'ente creditizio». Ricevuta l'istanza l'autorità nazionale «valuta l'acquisizione proposta e trasmette alla BCE la notifica e una proposta di decisione di vietare o di non vietare l'acquisizione»^[34]. Nello specifico essa è tenuta a verificare se la «potenziale acquisizione soddisfa tutte le condizioni stabilite dal pertinente diritto dell'Unione e nazionale»; e il suo esame preliminare mette capo a un «progetto di decisione» con cui «propone alla BCE di opporsi o non opporsi all'acquisizione»^[35]. Esaurita la fase istruttoria il fascicolo passa immediatamente alla Banca centrale europea che «decide se vietare l'acquisizione» o autorizzarla^[36]; ma ciò avviene sulla «base della propria valutazione della proposta di acquisizione e del progetto di decisione» redatto dall'autorità di vigilanza nazionale^[37].

Ebbene, nel caso in esame, sembra effettivamente possibile scorgere i tratti di un rapporto di ausiliarità procedimentale: qui, infatti, l'operato dell'amministrazione nazionale serve a preparare la successiva attività decisionale dell'autorità dell'Unione; nella specie l'autorità interna è tenuta ad assistere il decisore sovranazionale nell'istruzione procedimentale, stilando un «progetto» e una «proposta» di decisione^[38].

Tale attività preliminare è priva di valore provvedimentale in senso stretto dato che il potere decisorio spetta unicamente alla Banca centrale europea. Tuttavia si inquadra nella medesima funzione come suo elemento determinativo: si tratta dunque di un apporto ausiliario nel senso finora precisato, indispensabile nella dinamica di produzione degli effetti legali^[39].

Esaminando la successione dei segmenti procedurali per controllare gli assetti proprietari nelle banche la conclusione che se ne trae è che le competenze intestate alle varie autorità si intrecciano nel procedimento amministrativo in vista di un risultato predefinito. La saga

procedimentale è il canale prescelto dal diritto dell'Unione per connettere, attraverso relazioni organizzative posizionate al suo interno, enti di diversa estrazione ordinamentale che collaborano per scopi comuni.

5. Il valore organizzativo del procedimento amministrativo.

Il quadro giuridico, così tratteggiato, diviene allora più nitido nella prospettiva seguita e permette di svelare una dimensione non sempre adeguatamente lumeggiata del procedimento amministrativo: la dimensione organizzativa.

Occorre però un chiarimento.

Che il procedimento possa rispondere a un'esigenza di tal genere è un aspetto da tempo posto in luce dalla dottrina italiana, ma spesso offuscato da profili più eclatanti del medesimo fenomeno: si pensi ai temi del contraddittorio, della partecipazione, dell'esercizio del potere sui cui la scienza giuridica si è lungamente esercitata.

Tuttavia, al di là di ciò, è stato autorevolmente sostenuto che nel procedimento amministrativo può anche «intravedersi, più che come substrato, come componente di base, un fenomeno di organizzazione, tanto più degno di attenzione quanto più il procedimento, non limitandosi a svolgersi secondo contatti tra organi di uno stesso ente, implichi il superamento dei confini determinati dalla personalità di quest'ultimo, e coinvolga così il concorso, nel proprio ambito, di una pluralità di uffici appartenenti a soggetti giuridici distinti»^[40]; e parimenti si è aggiunto che il «procedimento amministrativo è qualcosa di più di un'attività preparatoria. Esso è il riflesso, nell'attività, dell'organizzazione: come quest'ultima è ordinata sul principio della distribuzione delle funzioni, la prima è ordinata sul principio di articolazione, per cui i momenti in cui essa si svolge sono distintamente rilevanti e regolati. Insomma, il procedimento è il profilo dinamico dell'organizzazione»^[41].

Lo stesso è stato detto, non casualmente, a proposito del sistema ordinamentale dell'Unione europea dove il procedimento amministrativo non di rado «serve a completare l'organizzazione. Esso consente ai vari pubblici uffici di assolvere i rispettivi compiti, di scambiarsi informazioni, di collaborare, a volte in modo dialettico. In questo senso, può dirsi che il procedimento abbia una valenza organizzativa»^[42].

Ecco che in ciascuna delle ricostruzioni citate ricorre una condivisibile idea di fondo: ossia che nel procedimento amministrativo esiste un lato organizzatorio strettamente connesso a quello dell'attività; entrambi possono risultare così intrecciati da renderne spesso difficoltosa la scissione. Lo schema procedimentale può essere alternativamente inquadrato nell'uno o nell'altro angolo visuale; e risalta per la sua intrinseca capacità di convogliare (e collegare) dinamicamente organi e uffici in una trama unitaria^[43].

6. (Segue): le relazioni organizzative procedimentali.

Ora a noi pare che la prospettiva esegetica appena evocata – indiscutibile da un punto di vista di teoria generale – possa essere maggiormente specificata alla luce del caso empirico fornito dalla sentenza annotata; rilevando cioè che il procedimento amministrativo possiede valenza organizzativa tutte le volte in cui la legge ripone al suo interno una relazione organizzativa tra figure soggettive autonome.

Questo aspetto è parzialmente diverso dall'ipotesi finitima – cui alludono gli autori in precedenza richiamati – che ricorre quando la legge disciplina un procedimento strutturalmente aperto alla partecipazione, necessaria o eventuale, di più enti pubblici che intervengono e operano sinergicamente al suo interno^[44].

È di tutta evidenza infatti che un conto è parlare di procedimenti complessi (o pluristrutturati) per la partecipazione doverosa o episodica di più figure soggettive in azione; altro è dire che il loro concorso procedimentale risponde a una logica organizzativa in quanto è il frutto di una relazione organizzativa posizionata dalla legge dentro i confini del procedimento amministrativo^[45].

In altre parole il ragionamento proposto intende rimeditare l'idea, autorevolmente argomentata, per cui il procedimento possieda anche un risvolto organizzativo. Che ciò accada è fuor di dubbio. Ma dipende non tanto dalla frequente e fisiologica convergenza di più autorità amministrative al suo interno; bensì dalla presenza di una relazione organizzativa che le lega nel contesto della serie procedurale.

Anche la sentenza annotata, forse involontariamente, sembra marcare tale sfumatura quando ricostruisce in termini di *ausiliarità* l'intima sostanza della relazione procedimentale tra le due amministrazioni contitolari della funzione: una relazione fondata sulla «competenza esclusiva della BCE all'esercizio del potere decisionale finale in termini di acquisizioni bancarie, senza vincolo discendente dagli *atti preparatori* o dalle *proposte avanzate dalle autorità nazionali*»^[46].

Se ne potrebbe allora inferire una conclusione di più estesa portata: ossia che l'essenza delle relazioni organizzative procedimentali, qualora esistenti e tipicizzate, è di costituire modi normativamente previsti per consentire a più soggetti di svolgere la stessa funzione in vista di un unico obiettivo; in una parola di collaborare come plasticamente testimoniano i procedimenti di coamministrazione dell'Unione europea.

7. La collaborazione come norma sulla funzione amministrativa comune.

È questa l'interessante prospettiva d'indagine che, a nostro avviso, schiude tra le righe la sentenza annotata.

La relazione organizzativa procedimentale, in tutti i casi in cui è prevista dalla legge, permette alle amministrazioni di eseguire assieme la stessa funzione, e quindi di cooperare. Il sistema comune della vigilanza bancaria (ma non è il solo) ne è un esempio eloquente. Qui la collaborazione rileva come autentico dovere per le amministrazioni contitolari della funzione e tanto si evince dall'art. 6, par. 2 del regolamento n. 1024/2013 dov'è scritto che «sia la BCE che le autorità nazionali competenti sono soggette al dovere di *cooperazione* in buona fede»; e

dall'art. 9, par. 2 del medesimo regolamento che recita che «nell'esercizio dei rispettivi poteri di vigilanza e di indagine, la BCE e le autorità nazionali competenti *cooperano* strettamente».

Con riferimento al procedimento amministrativo per acquisire pacchetti azionari nelle banche la rilevanza del principio collaborativo è messa in evidenza non solo dalla sentenza della Cassazione che giustamente ha sottolineato che alle norme regolamentari poc'anzi citate è «ancorato, sul versante processuale, l'art. 15 del regolamento MVU»^[47]; ma soprattutto dalla sentenza C-219/17 della Corte di giustizia – su cui si fonda integralmente la decisione annotata – che ha rilevato che nel procedimento per controllare gli assetti proprietari degli istituti creditizi il «legislatore dell'Unione intende stabilire, tra tale istituzione e tali autorità nazionali, un meccanismo particolare di *collaborazione*»^[48].

Ciò denota la rilevanza positiva della collaborazione amministrativa di cui si possono incidentalmente tratteggiare le caratteristiche essenziali, rinviando ad altra sede il necessario approfondimento della nozione^[49].

In primo luogo si deve rilevare come la collaborazione sia non tanto una relazione organizzativa in sé conclusa, quanto piuttosto una regola normativa di azione che governa lo svolgimento delle *funzioni comuni* dove più soggetti, dotati di competenze distinte ma legati da relazioni organizzative procedurali^[50], curano un solo interesse pubblico che ad essi è cointestato; collaborando le autorità procedenti partecipano all'esercizio del potere determinante, al potere cioè di definire il disegno legale degli effetti della funzione^[51].

L'esempio fornito dalla sentenza annotata sembrerebbe comprovare l'assunto laddove riconosce che il «diritto dell'Unione non serve – in questa materia – a instaurare una ripartizione di competenze, l'una nazionale e l'altra dell'Unione, con oggetti e ambiti decisionali distinti»^[52]; al contrario gli «atti preparatori» delle autorità domestiche sono da intendere come «atti interni di un procedimento dell'Unione» e sono il sostrato contenutistico della decisione rimessa all'istituzione europea^[53].

In secondo luogo, e alla luce di quanto appena osservato, la collaborazione ben differisce dal concetto limitrofo del coordinamento amministrativo^[54]; il quale per definizione postula una molteplicità di interessi pubblici, intestati ad amministrazioni distinte^[55], che in qualche misura vanno armonizzati^[56].

La collaborazione poggia invece sulla comunanza delle funzione amministrativa e dunque dell'interesse pubblico curato dalle autorità coinvolte. Anche questa caratteristica si ricava dalla sentenza in commento che giustamente ha evidenziato che le «acquisizioni di partecipazioni qualificate in banche» presuppongono un «procedimento parimenti unitario»^[57]; una «architettura procedimentale unitaria»^[58]; una «procedura comune» per usare il lessico del legislatore dell'Unione^[59].

Le due segnalate caratteristiche, seppur brevemente descritte, potrebbero aiutare a isolare la collaborazione come concetto giuridico dotato di specifica fisionomia e di propria autonomia nell'ambito della teoria generale dell'organizzazione amministrativa^[60]; e potrebbero contribuire a superare l'obiezione, di certo autorevole, per cui «non è dato vedere in che cosa consisterebbe tale rapporto o figura organizzatoria; che ogni centro di riferimento di interessi pubblici debba collaborare con altri centri di riferimento, ogni volta che sia da curare l'interesse pubblico di cui è portatore, è norma di condotta che deriva dalla regola di

canonizzazione degli interessi per ciascun centro di riferimento; ma ciò non dà luogo ad alcun rapporto organizzatorio» cui possa «riconoscersi propria fisionomia giuridica»[61].

8. Conclusioni.

In conclusione la sentenza annotata sembra confermare che il procedimento amministrativo non rileva solo per gli aspetti, di certo non marginali, dell'esercizio del pubblico potere e della tutela giurisdizionale. Talvolta esso serve anche a scopi organizzativi; e ciò accade tutte le volte in cui per legge si svolge al suo interno una relazione organizzativa tra figure soggettive autonome.

In tal caso le relazioni organizzative procedimentali consentono a più enti di collaborare all'interno di funzioni comuni; e la loro identificazione rappresenta un passo in avanti rispetto al dato di partenza, autorevolissimo e ancora attuale, per cui il «procedimento non si limita, infatti, a legare gli atti e i fatti in una serie progrediente verso un risultato finale, ma cuce dinamicamente soggetti (in senso ampio) e interessi, in una trama che è anzitutto organizzativa»[62].

Ma non è tutto.

La prospettiva organizzativa nell'analisi del procedimento amministrativo è stata inavvertitamente utilizzata dalla Cassazione anche per risolvere il problema del nesso tra giudicato nazionale e diritto dell'Unione che è emerso nel caso sottoposto alla sua attenzione[63].

Il problema si è posto perché – come si è visto – la Fininvest S.p.A. ha lamentato che la sentenza definitiva del Consiglio di Stato n. 882/2016 avesse già statuito sul suo legittimo possesso di azioni nella società finanziaria Mediolanum S.p.A.; tale per cui la nuova procedura autorizzativa, avviata sul medesimo oggetto dalla Banca d'Italia dopo l'incorporazione della società finanziaria in Banca Mediolanum, si doveva considerare elusiva del giudicato interno e dunque sanzionabile col rimedio dell'ottemperanza[64].

La Cassazione ha sbrigato la questione – premettendo che essa è «ancora al centro di un ampio dibattito»[65] – in due mosse senza indulgere in considerazioni più ampie del caso deciso.

Anzitutto ha fatto leva sulla diversità dei provvedimenti adottati nel tempo dalla Banca d'Italia. La Cassazione ha infatti precisato che l'originario provvedimento annullato dalla sentenza definitiva n. 882/2016 verteva sulla «necessità di dismettere la partecipazione qualificata di Fininvest nella SPFM Mediolanum s.p.a.»; mentre il successivo atto è conseguito alla «incorporazione – per fusione inversa – della SPFM Mediolanum nella controllata Banca Mediolanum, da cui il conseguente possesso da parte di Fininvest, e quindi da parte di B., della partecipazione diretta, qualificata, nella mentovata banca»[66]. Essendo due atti oggettivamente dissimili mancherebbe consequenzialità tra il provvedimento annullato dalla sentenza del Consiglio di Stato e il successivo atto amministrativo che, a detta dei ricorrenti, ne avrebbe riprodotto elusivamente il contenuto dispositivo.

In secondo luogo ha enfatizzato la specifica competenza intestata alla Banca d'Italia nel procedimento per controllare gli assetti proprietari nelle banche; ed è qui che si è avvalsa, inconsapevolmente, della prospettiva organizzativa nello studio del procedimento amministrativo.

La Cassazione ha infatti ricordato che il ruolo ausiliario delle autorità nazionali – che si concreta nel formulare una proposta non definitiva né vincolante all'autorità europea – importa che i suoi atti siano da considerare «intermedi» rispetto alla decisione finale della Banca centrale europea^[67]. Quest'ultimo è il solo provvedimento che viene in esistenza all'esito della procedura autorizzativa; ed è l'unico soggetto, in quanto tale, al sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia^[68]. Dinanzi a tale barriera – che attinge il versante del riparto di competenza tra gli Stati membri e le istituzioni europee – l'autorità del giudicato interno deve cedere il passo alla superiorità del diritto dell'Unione; il quale «non conosce ostacoli nel diritto nazionale quando vengano in considerazione le regole comunitarie inderogabili in tema di competenza decisionale»^[69].

Senza dubbio quest'ultimo è il nodo più intricato dell'intera vicenda decisa dalla Cassazione; e non è un caso che sia stato affrontato solo marginalmente dalla sentenza annotata. Sul rapporto tra giudicato interno e diritto sovranazionale non è ancora calata l'ultima parola e solo il tempo dirà se su questo fronte la partita è ancora aperta o è conclusa.

[1] Così G. Greco, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in M.P. Chiti – G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, II, Milano, 2007, 978.

[2] Così C. Franchini, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993, 218.

[3] Causa T-913/16.

[4] Punto 43 della motivazione in diritto della sentenza.

[5] Punto 48 della motivazione in diritto della sentenza.

[6] Punto 57 della motivazione in diritto della sentenza.

[7] Punto XV della motivazione in diritto della sentenza.

[8] In tema, tra i molteplici contributi, si rinvia a M.P. Chiti, *I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Torino, 1997, 55 ss.; R. Caranta, *Coordinamento e divisione dei compiti tra Corte di giustizia delle comunità europee e giudici nazionali nelle ipotesi di coamministrazione: il caso dei prodotti modificati geneticamente*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2000, 1133 ss.; G. della Cananea, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in F. Bignami – S. Cassese (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, 307 ss.; D.U. Galetta, *L'influenza del diritto dell'Unione europea*, in M.R. Spasiano – D. Corletto, M. Gola – D.U. Galetta – A. Police – C. Cacciavillani (a cura di), *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Milano, 2012, 61 ss.; M. Eliantonio, *Judicial Review in an Integrated Administration: the Case of 'Composite Procedures'*, in *Review of European Administrative Law*, 2, 2014, 65 ss.; S. Del Gatto, *Procedimenti composti e competenza del giudice europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2021, 493 ss.

[9] È chiarissima la sentenza C-219/17 del 19 dicembre 2018 della Corte di giustizia dell'Unione europea, punti da 42 a 46: è «opportuno ricordare che l'articolo 263 TFUE conferisce alla Corte di giustizia dell'Unione europea la competenza esclusiva al controllo di legittimità sugli atti delle istituzioni dell'Unione, fra cui è compresa la BCE. L'eventuale

coinvolgimento delle autorità nazionali nel procedimento che conduce all'adozione di tali atti non può mettere in dubbio la qualificazione dei medesimi come atti dell'Unione, quando gli atti adottati dalle autorità nazionali sono tappa di un procedimento nel quale un'istituzione dell'Unione esercita, da sola, il potere decisionale finale senza essere vincolata agli atti preparatori o alle proposte avanzate dalle autorità nazionali (v., in tal senso, sentenza del 18 dicembre 2007, Svezia/Commissione, C 64/05 P, EU:C:2007:802, punti 93 e 94). Infatti, in un tal caso di specie, in cui il diritto dell'Unione non intende instaurare una ripartizione di competenze, l'una nazionale, l'altra dell'Unione, che avrebbero oggetti distinti, bensì consacrare, tutt'al contrario, il potere decisionale esclusivo di un'istituzione dell'Unione, spetta al giudice dell'Unione, a titolo della sua competenza esclusiva al controllo di legittimità sugli atti dell'Unione ai sensi dell'articolo 263 TFUE (v., per analogia, sentenza del 22 ottobre 1987, Foto-Frost, 314/85, EU:C:1987:452, punto 17), statuire sulla legittimità della decisione finale adottata dall'istituzione dell'Unione di cui trattasi ed esaminare, affinché sia garantita una tutela giurisdizionale effettiva agli interessati, gli eventuali vizi degli atti preparatori o delle proposte provenienti dalle autorità nazionali di natura tale da inficiare la validità di detta decisione finale. Ciò premesso, un atto emanato da un'autorità nazionale che si inserisca nell'ambito di un processo decisionale dell'Unione non rientra nella competenza esclusiva del giudice dell'Unione se dalla ripartizione delle competenze, nella materia considerata, fra le autorità nazionali e le istituzioni dell'Unione emerge che l'atto emanato dall'autorità nazionale è tappa necessaria di un procedimento di adozione di un atto dell'Unione in cui le istituzioni dell'Unione dispongono solo di un margine discrezionale limitato, se non nullo, tale che l'atto nazionale vincoli l'istituzione dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 3 dicembre 1992, Oleificio Borelli/Commissione, C 97/91, EU:C:1992:491, punti 9 e 10). È allora compito degli organi giurisdizionali nazionali conoscere delle irregolarità da cui un tale atto nazionale sia eventualmente viziato, se necessario previo rinvio pregiudiziale alla Corte, secondo le medesime modalità di controllo applicabili a qualsiasi atto definitivo che, emanato dalla stessa autorità nazionale, possa arrecare pregiudizio a terzi».

[10] Così TAR Lazio – sede di Roma, Sez. I, 2 novembre 2021, n. 11134, punto 2 della parte motiva in diritto che richiama le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione del 3 dicembre 1992, in causa C-97/91 (*Oleificio Borelli*) e del 9 marzo 1994, in causa C-188/92 (*Textilwerke*).

[11] Punto XVI della motivazione in diritto.

[12] Lo ricorda M.P. Chiti, *I procedimenti amministrativi composti e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2019, 193.

[13] Su cui si veda ampiamente il contributo di M. Gnes, *Il meccanismo di vigilanza prudenziale. Le procedure di vigilanza*, in M.P. Chiti - V. Santoro (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016, 256.

[14] Art. 15, par. 1 del regolamento n. 1024/2013: la «notifica di acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio stabilito in uno Stato membro partecipante ovvero ogni informazione connessa è presentata alle autorità nazionali competenti dello Stato membro nel quale è stabilito l'ente creditizio»; art. 85, par. 1 del regolamento n. 468/2014: una «ANC che riceve una notifica dell'intenzione di acquisire una partecipazione qualificata in un ente creditizio insediato nello Stato membro partecipante, comunica alla BCE tale notifica non oltre cinque giorni lavorativi successivi alla comunicazione di aver ricevuto la notifica».

[15] Art. 86, par. 1 del regolamento n. 468/2014: la «ANC cui è notificata l'intenzione di acquisire una partecipazione qualificata in un ente creditizio valuta se la potenziale acquisizione soddisfa tutte le condizioni stabilite dal pertinente diritto dell'Unione e nazionale. A seguito di tale valutazione, l'ANC predisporre un progetto di decisione con cui propone alla BCE di opporsi o non opporsi all'acquisizione».

[16] Art. 15, par. 2 del regolamento n. 1024/2013: la «BCE decide se vietare l'acquisizione sulla base dei criteri di valutazione stabiliti dal pertinente diritto dell'Unione».

[17] Art. 87 del regolamento n. 468/2014: la «BCE decide se opporsi o non opporsi all'acquisizione sulla base della propria valutazione della proposta di acquisizione e del progetto di decisione dell'ANC».

[18] Punto 55 della motivazione in diritto della sentenza che riprende le conclusioni dell'Avvocato Generale del 27 giugno 2018 che qualifica il ruolo delle autorità nazionali come «preparatorio, meramente ausiliario» (punto 109).

[19] Così M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, 317.

[20] La citazione riportata nel testo è di F. Benvenuti, *L'amministrazione indiretta*, in *Amm. civ.*, I, 1961, 175.

[21] Così G. Ferrari, *Gli organi ausiliari*, Milano, 1956, 123.

[22] Così R. Resta, *Gli enti ausiliari dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1939, 689: «ente ausiliare, infatti, significa ente che agisce sussidiariamente rispetto a uno scopo, per cui agisce in via principale un altro ente; ente che, con la propria azione, porta ausilio ad un altro ente; il cui scopo, in altre parole, è utilizzato come mezzo da un altro ente».

[23] Si tratta infatti di una «attività accessoria o, come con diversa qualifica, ma con identico significato è stato detto, di attività servente o strumentale» (così G. Ferrari, *Gli organi ausiliari*, cit., 344).

[24] Si veda F. Garri, *In tema di delega, concessione e affidamento ad enti pubblici della progettazione ed esecuzione di opere pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1967, 424, per la precisazione che al soggetto ausiliario «compiono poteri o compiti di natura complementare (comunque non decisionali) e di vario contenuto».

[25] Si è notato che in «tale rapporto l'esercizio di una potestà da parte di una figura soggettiva è assistito dall'esercizio di funzioni complementari e strumentali da parte dell'ufficio ausiliante. Le funzioni ausiliarie non hanno una loro autonoma configurabilità, nel senso che non trovano dispiegamento se non con un ruolo di assistenza e complemento rispetto alle potestà finalistiche esplicitate dall'altra figura soggettiva; quest'ultime, tuttavia, non possono esplicarsi senza il sussidio delle attività ausilianti» (così S. Valentini, *Figure, rapporti, modelli organizzatori. Lineamenti di teoria dell'organizzazione*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, 1996, 100).

[26] Art. 11, co. 2 della legge 24 marzo 2012, n. 27.

[27] Art. 11, co. 3 della legge 24 marzo 2012, n. 27.

[28] Art. 11, co. 6 della legge 24 marzo 2012, n. 27.

[29] Motivo per cui G. Ferrari, *Gli organi ausiliari*, cit., 126, ricorda che il termine ausiliarità indica «due distinte realtà, di cui una è caratterizzata e, meglio ancora, condizionata nella sua esistenza dall'altra, cui appunto viene riferita. Da ciò deriva che i due organi non possono ignorarsi ed agire ognuno per proprio conto, ma devono trovarsi in una certa relazione si può allora dire che altro elemento fondamentale va riconosciuto il rapporto collegante i due soggetti» (in questo stesso senso si esprime anche V. Bachelet, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, 1965, 46).

[30] Sul punto si veda G. de' Vergottini, *Gli organi ausiliari, Parte seconda: L'organizzazione costituzionale*, in G. Amato – A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1991, 497, che giustamente parla di attività «strumentali ma necessarie per un soddisfacente esercizio della funzione primaria».

[31] Molto spesso infatti, per espresse previsioni delle norme di legge, la «attività ausiliaria e quella ausiliante sono talmente intrecciate l'una con l'altra, da dar luogo a fattispecie complesse – evidentemente a complessità diseguale – nelle quali l'effetto tipico dell'atto ausiliato non si produce se non v'è l'atto ausiliante» (così ancora S. Valentini, *Figure, rapporti, modelli organizzatori. Lineamenti di teoria dell'organizzazione*, cit., 101).

[32] Rapporto di collaborazione che è «proprio della funzione ausiliaria» come nota ancora F. Garri, *Ausiliarità della funzione di controllo della Corte dei conti*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, I, Milano, 1992, 420.

[33] Lo ricorda F. Benvenuti, *Gli enti funzionali, Profili generali*, in *Archivio ISAP*, I, 1962, 748: gli «enti ausiliari possono agire sulla base di una soggettività non soltanto formale ma anche sostanziale». Con ciò si vuole altrimenti dire che il «nesso costituito appunto dalla cooperazione prestata dall'un organo e dall'una attività all'altro organo ed all'altra attività si può legittimamente configurare e definire giuridicamente come rapporto di collaborazione pertinenziale o ausiliaria (e, quindi, in posizione collaterale o fiancheggiatrice, cioè autonoma), in quanto, mentre fa salva l'autonomia di struttura dell'ausiliario, coglie ed esprime la destinazione istituzionale di quest'ultimo a cooperare al più regolare esercizio della funzione del proprio principale ed assumendo ad oggetto della propria attività quello stesso su cui opera il principale» (così G. Ferrari, *Gli organi ausiliari*, cit., 290).

[34] Art. 15, par. 2 del regolamento 15 ottobre 2013, n. 1024.

[35] Art. 86, par. 1 del regolamento attuativo 16 aprile 2014, n. 468.

[36] Art. 15, par. 3 del regolamento 15 ottobre 2013, n. 1024.

[37] Art. 87, par. 2 del regolamento 16 aprile 2014, n. 468.

[38] Come ricorda F. Guarracino, *Le "procedure" comuni nel meccanismo di vigilanza unico sugli enti creditizi: profili sostanziali e giurisdizionali*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 4, 2014, 275, sul «piano strutturale, ciò comporta che la procedura di valutazione prudenziale delle acquisizioni e cessioni di partecipazioni qualificate negli enti creditizi si compone sempre di due segmenti, che corrispondono l'uno al procedimento iniziale condotto dall'autorità domestica, che si conclude con l'atto strumentale contenente la proposta alla BCE, l'altro al procedimento propriamente decisorio svolto presso quest'ultima, che si conclude col provvedimento finale con il quale la BCE decide se vietare o meno l'operazione»; ne emerge la «natura bifasica anche della procedura in questione, la quale, nonostante la competenza per l'emanazione del provvedimento finale spetti esclusivamente alla BCE, necessita sempre della cooperazione dell'ANC di riferimento (destinataria della notifica delle intenzioni di acquisire una partecipazione qualificata in un ente creditizio, responsabile dell'istruttoria e autorità proponente)».

[39] Aspetto chiarissimo in F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 409: «di massima, pare da presumere che l'organo o l'ente chiamato a prendere parte al procedimento debba dare una collaborazione effettiva: non per nulla, se gli usi linguistici hanno un significato, si è introdotta l'espressione «organo ausiliario». La collaborazione, quindi, per quanto concerne l'istruttoria, non può concretarsi che nella rappresentazione di fatti attinenti alla fattispecie o nel giudizio tecnico o valutativo su fatti già acquisiti od in questi due momenti insieme»; risulta ad ogni modo che «taluni atti preparatori hanno la funzione di rappresentare, per l'autorità deliberante, dei fatti, tecnicamente elaborati». Sul punto si veda anche M.T. Serra, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, 442, che pone l'accento sul profilo della «deconcentrazione di compiti istruttori» così da assicurare una «articolazione soggettiva in senso pluralistico del procedimento».

[40] Così G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 12 (su cui da ultimo G. Sala, *A cinquant'anni dalla pubblicazione della Pubblica amministrazione come organizzazione: dal mutamento di paradigma nello studio dei fenomeni organizzativi*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, 511 ss.); ma già M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzativa della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 124, aveva avuto modo di precisare che il «procedimento amministrativo, da un parte, è attività, o forma di attività, dall'altra ed insieme è coordinazione (azione coordinata) di uffici (cioè, di competenze, d'interessi), quindi organizzazione».

[41] Così S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 224.

[42] Il rilievo è di G. della Cananea, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, in M.P. Chiti – G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, I, cit., 508.

[43] Essendo il procedimento la prospettiva dinamica dell'organizzazione esso implica appunto il problema non secondario di «stabilire quali apparati organizzativi ed in quali momenti devono intervenire» (così D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, 282).

[44] Quando, cioè, si ha un procedimento che risulta dalla «azione coordinata di un insieme di figure soggettive, nello svolgimento di una pluralità di poteri e funzioni verso un risultato unitario» (così D. D'Orsogna, *contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, 255); in cui vi sono «racordi funzionali tra amministrazioni destinati a regolare una intera vicenda amministrativa» (così G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 364).

[45] Il punto è colto incidentalmente anche da M. Trimarchi, *Premesse sistematiche sulle relazioni organizzative*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2021, 254, quando rileva che occorre da un lato considerare che la «attività amministrativa assume rilievo interstrutturale sempre in ragione di una norma di organizzazione»; ma che dall'altro bisogna «distinguere quella parte di essa che si compie all'interno di una relazione organizzativa da quella che si colloca all'esterno».

[46] Punto XIII della motivazione in diritto (nostri i corsivi nel testo); con la conseguenza che «trattandosi del potere di un'istituzione dell'Unione, sull'esercizio di esso grava la competenza esclusiva del giudice dell'Unione dal punto di vista del controllo di legittimità di tutti gli atti, pure intermedi o preparatori, e pure in applicazione della legislazione nazionale ove il diritto dell'Unione riconosca differenti opzioni normative agli Stati membri; cosa che esclude ogni competenza giurisdizionale nazionale in controversie relative alla sorte degli atti del medesimo procedimento, anche ove ne sia fatta valere la contrarietà a un giudicato nazionale nel contesto della giurisdizione di ottemperanza» (punto XVI della motivazione in diritto).

[47] Punto IX della motivazione in diritto.

[48] Punto 48 della motivazione in diritto.

[49] Sia consentito rinviare alle considerazioni espresse in F. D'Angelo, *I modelli organizzativi e la coamministrazione*, in R. Cavallo Perin – A. Police – F. Saitta (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione*

europa, Firenze, 2016, 547 ss.; cenni anche in W. Giulietti, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative "composte"*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, 368 ss.

[50] Per una conferma indiretta si confronti anche M. Monteduro, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2020, 557.

[51] Che, come ricorda nel suo lavoro monografico F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 254, corrisponde al momento in cui l'amministrazione determina il contenuto dispositivo della sua futura decisione.

[52] Punto XI della motivazione in diritto.

[53] Punto XV della motivazione in diritto.

[54] La vicinanza delle due nozioni è sottolineata di recente da A. Police, *Enti Pubblici di Ricerca ed Università: le persistenti ragioni di una differenziazione e le indifferibili esigenze di uno sforzo comune*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2021, 72, per il quale si tratta di «cose diverse ovviamente, ma animate dallo stesso spirito, cioè dall'esigenza di instaurare una relazione costruttiva» tra enti.

[55] Lo ricorda M.S. Giannini, *Intervento*, in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali*, Milano, 1961, 114, per il quale se le «istanze non sono indipendenti non si ha coordinamento»; analogamente si esprime Bachelet, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 631, per cui il coordinamento amministrativo «viene in rilievo quando ci si trova di fronte a una pluralità di attività e di soggetti (o di figure soggettive) di cui l'ordinamento riconosce una qualche autonoma individualità, pur disponendone la armonizzazione» reciproca; infine si veda G. Timsit, *Il concetto di coordinamento amministrativo*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 4, Bologna, 1976, 36.

[56] Lo sostengono A. Predieri, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, 116: il coordinamento è la «attività che un soggetto, od un ufficio, svolge per conseguire una armonizzazione di attività, cioè eliminazione di discrepanze e di risultati confliggenti, riferibili sempre a soggetti diversi dall'ufficio coordinatore, dotati di poteri – in senso generico – di decisione, non vincolati in una organizzazione gerarchica che li ponga alle dipendenze dell'ufficio coordinatore, dei quali si vuole conservare questa produzione e i correlativi caratteri che improntano l'attività dei soggetti o uffici, pur subordinandola a fini comuni»; U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 331: è «attraverso il coordinamento che, mentre si assicura la realizzazione delle cause proprie delle singole attività, si impedisce a queste di isolarsi in se stesse»; G. Marongiu, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1969, 623: il coordinamento amministrativo serve a «contemperare l'esigenza di mantenere l'unità di indirizzo delle figure organizzative complesse ed insieme salvaguardare la posizione di sostanziale autonomia degli uffici agenti»; L. Orlando, *Contributo allo studio del coordinamento amministrativo*, Milano, 1974, 99: l'essenza del coordinamento è la compresenza di una «pluralità di autonomi centri decisionali»; C.E. Gallo, *Osservazioni sul coordinamento amministrativo*, in *Foro amm.*, I, 1977, 1644: il coordinamento permette di «realizzare l'armonizzazione di realtà autonome»; V. Cocozza, *Autonomia finanziaria regionale e coordinamento*, Napoli, 1979, 26: nel coordinamento «assume particolare rilievo l'autonomia dei soggetti o degli organi ai quali il coordinamento è rivolto».

[57] Punto XV della motivazione in diritto.

[58] *Ivi*.

[59] Così il regolamento n. 468/2014, parte V.

[60] Gli unici due tentativi monografici di teorizzare la nozione si devono finora a G. Bazoli, *La collaborazione nell'attività amministrativa*, Padova, 1964, 73 ss. e a L. Arcidiacono, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento. Profili dogmatici*, Milano, 1974, 91 ss.

[61] Così M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, cit., 32.

[62] Così M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 1980, 273: il «valore primario del procedimento – in assoluto e nel rapporto con la tutela giurisdizionale – sia un valore organizzativo. Il procedimento appartiene al mondo dell'organizzazione, non al mondo dell'atto, e nemmeno, in generale, dell'attività amministrativa. Il procedimento non si limita, infatti, a legare gli atti e i fatti in una serie progrediente verso un risultato finale, ma cuce dinamicamente soggetti (in senso ampio) e interessi, in una trama che è anzitutto organizzativa»; come «qualunque struttura organizzativa, il procedimento è sede di emersione e comparazione (o conflitto) di interessi; e la sua importanza non sta nel risultato che attinge, ma proprio nel suo «farsi», nel suo creare organizzazione».

[63] In tema si veda A. Sandulli, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2018, 1169 ss.

[64] L'argomento utilizzato dai ricorrenti si è fondato infatti sulla possibile analogia di contenuto dei due atti (punti I e XII della motivazione in diritto); col secondo che, riproducendo gli stessi vizi del primo già annullato in via definitiva, radicherebbe la giurisdizione del Consiglio di Stato quale giudice dell'ottemperanza al giudicato eluso dall'autorità amministrativa.

[65] Punto XIV della motivazione in diritto.

[66] Punto VI della motivazione in diritto.

[67] Punto XIII della motivazione in diritto.

[68] Con conseguente «inammissibilità della traduzione dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali, qualunque ne sia lo strumento, di competenze inderogabilmente riservate dal diritto comunitario agli organi della UE» (punto XIV della motivazione in diritto).

[69] *Ivi*.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2289 – 20 aprile 2022

La dimensione estetico-identitaria del paesaggio e i suoi confini (Cons. St., IV, 28.1.2022 n. 624)

di Maria Grazia Della Scala

Sommario: 1. La vicenda: il recupero dei sottotetti – 2. L’accezione olistica di paesaggio – 3. La soluzione del Consiglio di Stato: autonomia e differenziazione – 4. Paesaggio e ambiente – 5. Paesaggio e governo del territorio: i confini della tutela paesaggistica e la discrezionalità urbanistica – 6. Conclusioni.

1. La vicenda: il recupero dei sottotetti.

La vicenda in esame prende le mosse da un’istanza di permesso di costruire per la realizzazione di tre appartamenti e l’ampliamento di un’unità abitativa nel sottotetto di un edificio, in applicazione delle norme di cui agli articoli 63 e 64 della legge per il governo del territorio della Regione Lombardia n.12/2005.

Il progetto riguardava un complesso immobiliare unitario, di proprietà indivisa, composto da due distinti corpi di fabbrica posti in successione tra loro e ciascuno dotato di proprio cortile; introduceva modifiche unicamente alle falde prospicienti un cortile delle quali sviluppava una lieve pendenza, visibile solo dall’interno della corte interna, quindi unicamente da chi era abilitato a farvi ingresso.

L’immobile non era gravato da alcun vincolo paesaggistico; l’intervento tuttavia era sottoposto a esame dell’impatto paesistico ai sensi dell’articolo 64 co. 8 della citata L. R. n.12/05, secondo il quale “I progetti di recupero ai fini abitativi dei sottotetti, che incidono

sull'aspetto esteriore dei luoghi e degli edifici e da realizzarsi in ambiti non sottoposti a vincolo paesaggistico, sono soggetti all'esame dell'impatto paesistico previsto dal piano territoriale paesistico regionale”.

Tale apprezzamento si articola, a norma del predetto piano, approvato nel 2010, in una pluralità di valutazioni (artt. 35 ss.). Il progettista deve considerare preliminarmente la sensibilità paesistica del sito e il grado di incidenza del progetto, determinata dalle caratteristiche del sito stesso nonché dai rapporti che esso intrattiene con il contesto paesaggistico con il quale interagisce, secondo quanto stabilito nelle linee guida regionali di cui alla delibera di giunta dell'8 novembre 2002. L'“incidenza paesistica” di un progetto è poi considerata guardando all'entità e alla natura del condizionamento che il medesimo esercita sull'assetto paesaggistico del contesto, in ragione delle dimensioni geometriche di ingombro planimetrico e di altezza, del linguaggio architettonico con cui si esprime, della natura delle attività che è destinato a ospitare. L'“impatto paesistico”, infine, esprime l'entità dei prevedibili effetti sul paesaggio conseguenti alla realizzazione dell'intervento progettato e viene valutato “in base alla combinazione della sensibilità del sito e della incidenza del progetto”, sempre secondo quanto stabilito nelle linee guida di cui alla d.g.r. n. VII/11045 del 2002. Le predette linee guida affermano, tra l'altro, che “ogni intervento che opera una trasformazione del territorio è potenzialmente un intervento di trasformazione del paesaggio; l'aspetto di un intervento e il conseguente esito paesistico sono sostanzialmente valutabili solo a seguito della completa definizione progettuale dello stesso relazionata al contesto”.

La medesima l.r. n.12/05 prevede poi che ove le competenze in materia di autorizzazione paesaggistica e irrogazione delle sanzioni siano delegate agli enti locali, i medesimi debbano istituire un'apposita commissione con il compito, tra l'altro, di rendere pareri obbligatori nei procedimenti volti all'apprezzamento dell'impatto paesaggistico degli interventi.

In esito al parere reso dalla Commissione per il paesaggio istituita dal Comune di Milano, il permesso di costruire veniva negato. La Commissione, in particolare, considerava dirimente l'alterazione che il suddetto intervento avrebbe determinato sull'“equilibrio di contesto”, dipendente dal fatto che la realizzazione del sottotetto abitabile sembrava creare una “evidente disomogeneità” rispetto al resto della copertura del tetto dell'intero fabbricato, formato dal complesso immobiliare in questione e da altro adiacente, contrassegnato da diverso numero civico e di proprietà di altri soggetti. Il parere era coerente con il *Manifesto degli indirizzi e delle linee guida* elaborato dalla Commissione medesima nel 2016, il quale, in adesione a una nozione estesa di paesaggio, enuncia che “la copertura va sempre considerata anche come una sorta di facciata orizzontale che in molti casi è effettivamente percepibile dall'alto come tale”, assumendo altresì che gli interventi relativi a una parte solo di copertura producano “il rischio di alterare l'equilibrio compositivo dei caratteri architettonici dell'edificio”.

A fronte di un'istanza di riesame formulata dagli interessati e di nuovo parere negativo della Commissione del Paesaggio, il Comune ribadiva le proprie posizioni.

Gli interessati presentavano ricorso al TAR Lombardia avverso il provvedimento di diniego motivato in relazione alle valutazioni compiute dalla Commissione del paesaggio, ritenendo, tra l'altro, che quest'ultima avrebbe espresso un apprezzamento paesistico “al di fuori del contesto di riferimento” e quindi *ultra limes*. Travisando il concetto di “modifica estetica degli edifici” e assumendo come termine di confronto della conformazione morfologica il

manufatto adiacente, avrebbe poi subordinato l'intervento a una condizione impossibile, ovvero "la preventiva acquisizione dell'assenso dei proprietari dei sottotetti dell'edificio confinante a provvedere contestualmente alla medesima modifica proposta", con illegittima compressione dello *ius aedificandi*.

Il giudice di prime cure, con ordinanza cautelare n. 342/2018, chiedeva all'amministrazione un approfondimento istruttorio volto a verificare la pretesa alterazione dell'"equilibrio di contesto" attraverso "una valutazione di tipo complesso". In ottemperanza, il Comune, previa acquisizione di un nuovo parere da parte della Commissione del Paesaggio, confermava il proprio diniego. I ricorrenti impugnavano tale ulteriore provvedimento unitamente al parere negativo della Commissione con ricorso per motivi aggiunti.

Su una nuova domanda di permesso di costruire avente ad oggetto un diverso progetto, la Commissione si esprimeva ancora negativamente, con parere a sua volta impugnato dagli interessati.

2. L'accezione olistica di paesaggio.

Risolti i profili processuali della vicenda, tra i quali l'ovvia inammissibilità dell'impugnazione di un atto consultivo e l'improcedibilità dell'originario ricorso - essendo il primo diniego superato dal successivo provvedimento negativo emanato su ordine di riesame -, sono d'interesse le questioni di merito affrontate dal giudice.

Questi, con sentenza n. 932/2019, dichiara l'infondatezza della censura di illegittimità delle valutazioni compiute dalla Commissione del paesaggio, non considerate affette da "non corretta applicazione dei parametri di tutela del paesaggio" ed espresse *ultra limes*. Risulterebbero invece conformi a quella nozione ampia di paesaggio espressa dalla Convenzione europea del paesaggio del 2000 da noi ratificata con l. n. 14/2006^[1], che ne recepisce la portata polisemica, riempiva di "sostrati naturalistici" e di "elementi prettamente culturali", inclusiva di aree urbane, campagne, territori degradati; zone considerate eccezionali come quelle della vita quotidiana. Conferma ne sarebbe lo stesso Preambolo della Convenzione in cui si afferma che il paesaggio svolge importanti funzioni di interesse generale, sul piano culturale, ecologico, ambientale, sociale ed economico, riconoscendone altresì la funzione identitaria a livello locale come nel più ampio contesto europeo.

Dunque, il giudice di primo grado accoglie un'accezione comprensiva e dilatata di paesaggio, inquadrandolo come nozione "che supera le sovrapposizioni spesso presenti nella legislazione interna tra ambiente, paesaggio e beni culturali" e che reclama un'autonomia, riconoscendo al contempo la necessità di una "visione integrale e olistica del concetto in esame"; ritiene, dunque, naturale che in tale nozione estesa rilevino sia gli spazi privati, quindi la percezione dell'inclinazione delle falde dal cortile interno, che la prospettiva dall'alto.

Avverso tale pronuncia gli interessati propongono appello, in sintesi censurandola per aver fatto propria una erronea e strabordante nozione giuridica di paesaggio, pur inteso dall'appellante come "insieme estetico godibile dalla collettività" ai sensi della Convenzione europea del paesaggio del 2000, del Codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. n.42/2004

(artt. 131 e 136), della legge regionale n. 12 del 2005 e del regolamento edilizio del Comune di Milano (art. 5. co.1).

3. La soluzione del Consiglio di Stato: autonomia e differenziazione.

La sentenza in esame del Consiglio di Stato è degna di nota per il tentativo che opera di restituire, in base al diritto positivo, gli elementi distintivi tra materie confinanti e di definire il paesaggio ai fini della corretta applicazione delle discipline di tutela.

Ne accoglie anch'essa una nozione ampia, esito di quella spinta evolutiva che l'elaborazione teorica ha infine determinato nel diritto positivo^[2]. Anzitutto, considera a tal fine proprio le norme della Convenzione europea del paesaggio e del Codice dei beni culturali e del paesaggio, in cui il medesimo è appunto definito come “il territorio espressivo di identità il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni”.

La particolare estensione con cui la nozione è intesa si ravvisa in particolare nella previsione secondo cui il campo di intervento delle politiche pubbliche deve riferirsi alla “totalità della dimensione paesaggistica del territorio degli Stati”^[3], non potendosi considerare unicamente – si afferma – gli elementi culturali o artificiali ovvero solo quelli naturali ma appunto “l'insieme di tali elementi e le relazioni esistenti tra loro”. Come nella Convenzione europea, si sottolinea ancora, il Codice impone la considerazione di ogni paesaggio come elemento dell'ambiente e del contesto di vita delle popolazioni, sia nelle aree urbane che rurali, sia in quelle eccezionali che in quelle da riqualificare^[4].

Nondimeno, il Supremo Consesso rifiuta l'idea, fatta propria dal giudice di prime cure, che si tratti di una nozione totalizzante, percependo la necessità giuridica di perimetrarlo, pena il rischio – si avverte - dell'affermarsi di una “macro-categoria” di “governo del territorio”, ovvero di una “nozione onnicomprensiva di ambiente”.

4. Paesaggio e ambiente.

La decisione s'inquadra, dunque, nel risalente e solo in parte sopito dibattito sull'estata portata della nozione giuridica di paesaggio la quale, esito delle alterne vicende che ne segnano il percorso storico, manifesta ancora la necessità, se non l'urgenza di assumere una conformazione precisa rispetto a concetti riferiti a un oggetto analogo e, almeno in gran parte, sovrapponibile: il territorio^[5].

Il primo luogo, emerge il profilo del rapporto tra tutela paesaggistica e tutela ambientale, apparentemente meno rilevante ai fini della decisione in esame, ma implicato dalla stessa necessaria decifrazione del paesaggio, dunque richiamato dalla IV sezione.

Paesaggio e ambiente rappresentano, infatti, entrambi valori egemoni che pur emersi nell'orizzonte giuridico in tempi diversi e in differente contesto culturale^[6], si sono trovati a lungo intrecciati, apparendo invece, nei tempi recenti, in originale relazione dialettica. La tutela dell'ambiente, germinata nella giurisprudenza ordinaria da una rilettura dell'art.32 Cost.

in combinazione con l'art.2[7], è stata anzitutto dalla Corte costituzionale più volte riconnessa alla tutela del paesaggio, al fine di riconoscerne unitarietà, predominanza e spessore di valore costituzionale[8].

Quest'ultimo a sua volta, dimenticato nella riformulazione dell'art.117 Cost. ad opera della l.c. n.3/2001, è stato confermato dal giudice delle leggi come bene primario, la cui tutela esige una disciplina di tutela uniforme a livello nazionale, in ragione della sua considerazione come forma del territorio e profilo esteriore, visivo dell'ambiente[9]. Con ciò si è legittimato un centralismo statalista[10] anche sul piano amministrativo[11], quindi un intervento dello Stato nell'apposizione dei vincoli puntuali, nella stessa attività di pianificazione[12], nei procedimenti autorizzatori e nel sistema dei controlli[13]. In mancanza di che, si ritiene, la tutela paesaggistica verrebbe degradata "da valore unitario prevalente e a concertazione rigorosamente necessaria, in mera esigenza urbanistica"[14].

Come attenti studi evidenziano ormai da diversi anni, è stato soprattutto l'affermarsi, nell'ambito della tutela ambientale, degli obiettivi della transizione ecologica attraverso la produzione di energie rinnovabili ad aver condotto a situazioni di tensione[15], secondo un percorso capace di risolversi in un panambientalismo idoneo a erodere la stessa autonomia concettuale e giuridica del paesaggio, riducendolo a mera componente dell'ambiente[16], sintetizzabile al suo interno con gli altri suoi elementi. Tale esito, avvertito come potenzialmente più prossimo in ragione della riforma dell'art.9 della Costituzione[17], non pare impensierire una parte degli studiosi, piuttosto inclini al riconoscimento della priorità delle questioni ambientali e che auspicano, in una visione astratta rispetto alla già intensa regolazione del territorio, una generale pianificazione ambientale capace di condizionare ogni successiva decisione relativa al suo governo[18].

Vi si oppongono posizioni che paventano, viceversa, la negazione dell'intima eterogeneità di due nozioni che, entrambe frutto di elaborazioni interdisciplinari, risponderebbero a finalità diverse, evocando conoscenze intrinsecamente differenti, e caratterizzate da un contenuto giuridico in linea di principio non assimilabile né confrontabile. L'obiettivo da perseguire sarebbe dunque quello del mantenimento ed esaltazione della difformità che si assume imposta dalla stessa storica formazione dei concetti, oltre che dai loro contenuti fattuali. Si valorizza la dimensione estetico-culturale del paesaggio che deriva dall'originaria disciplina elaborata sulla falsariga di quella delle cose d'arte[19], implicando il suo riconoscimento valutazioni da compiersi alla stregua delle più incerte scienze umane; diversamente, la tutela dell'ambiente, dalla genesi più recente e rispondente a nuove e diverse istanze, attinge – si osserva - essenzialmente ad entità misurabili con ricorso all'ambito delle scienze esatte[20].

La IV Sezione prende posizione in ordine alle questioni aperte e agli scenari prefigurabili così sintetizzati, ponendosi con decisione nel solco dell'indirizzo favorevole all'autonomia e alla discriminazione.

In conformità con il secondo orientamento sopra richiamato e con alcune precedenti decisioni del giudice amministrativo[21], evocando proprio la dimensione identitaria, il formante culturale del paesaggio[22], osserva come il medesimo si differenzi dall'ambiente appunto perché misurabile attraverso "la percezione (per lo più qualitativa) e l'interpretazione da un punto di vista soggettivo"; laddove il secondo rileva - si sottolinea - attraverso la percezione operata "prevalentemente mediante l'apprezzamento delle quantità fisico-

chimiche e dei loro effetti biologici sull'ecosistema da un punto di vista oggettivo", così scongiurando l'assorbimento dell'uno nell'altro.

La pronuncia, sotto tale profilo appare altresì coerente con quella giurisprudenza consolidata che in capo alle amministrazioni preposte alla tutela del paesaggio riconosce una discrezionalità ampia, "in quanto correlata a valori primari di rango costituzionale ed internazionale"^[23]; discrezionalità non esauribile nell'apprezzamento di dati empirici ma che si traduce in esercizio, anche, di discrezionalità amministrativa: di apprezzamento dell'interesse pubblico primario intrinseco ai beni da tutelare^[24].

5. Paesaggio e governo del territorio: i confini della tutela paesaggistica e la discrezionalità urbanistica.

Quale più diretto oggetto della pronuncia, emerge il tema del rapporto tra paesaggio e governo del territorio; tema reso problematico, per un verso, dall'accrescersi delle vocazioni dell'urbanistica e dei suoi strumenti^[25], per altro verso, dall'evolversi della tutela dei beni paesaggistici^[26] in tutela del paesaggio e dall'assunzione da parte del piano paesaggistico di una natura territoriale e tendenzialmente generale^[27].

L'urbanistica, sviluppatasi come governo del territorio, arricchitasi nel tempo di plurime finalità economiche, sociali, ecologico-ambientali^[28], è stata invero capace di includere ogni forma di protezione di interessi gravanti sul territorio, fino a presentarsi come "funzione forte" secondo indirizzi sintetizzati nella formula della "panurbanistica"^[29]; mentre in altri momenti, specie a fronte del moltiplicarsi delle c.d. tutela parallele attraverso specifici piani, è venuta piuttosto atteggiandosi come funzione recessiva^[30], tuttavia capace di rinvigorirsi con l'attenuazione della specialità della pianificazione di settore^[31].

Un'inclinazione ordinante in questa complessa dinamica è rappresentata dall'idea, in certa misura abbracciata dal legislatore^[32], di ricostruire il sistema della pianificazione territoriale come sistema integrato e interscalare nel quale al livello di area vasta verrebbe lasciata la determinazione di linee guida, oltre che di "vincoli specifici con relative prescrizioni d'uso", mentre alla pianificazione comunale sarebbe naturalmente affidata l'integrazione, in scala appunto locale, delle predette direttive ^[33]. Secondo questa ricostruzione, se indispensabile è il ruolo dei piani di area vasta — a partire dal piano paesaggistico — al livello comunale della pianificazione resterebbe anzitutto il rilevante compito di "interpretazione-caratterizzazione e di governo del paesaggio locale, in continuità-complementarietà con le coordinate tracciate dal piano paesaggistico"^[34].

Senza smentire simile prospettiva, e anzi richiamando l'integralità del paesaggio, il Consiglio di Stato, conferma non solo l'ormai pacifica irriducibilità della tutela paesaggistica a governo del territorio^[35]; avverte come la sua estesa nozione non giustifichi la negazione all'urbanistica di spazi propri e, per quanto ridotti, esclusivi, corrispondenti a elementi non comuni al territorio da tutelare a fini paesaggistici^[36].

Gli stessi riferimenti normativi evocati nella controversia in esame militerebbero in tale senso: l'art. 64.8 della l.r. n. 12/05 che sottopone a giudizio di impatto paesistico i soli interventi di recupero dei sottotetti incidenti "*sull'aspetto esteriore dei luoghi e degli edifici* da

realizzare”, la stessa d.r.g. 8.11.2002 VII/11045 recante *linee guida per l'esame paesistico dei progetti*, che indica, ai fini della predetta valutazione, la considerazione delle “*condizioni di visibilità*, più meno ampia, o meglio di *co-visibilità* tra il luogo considerato e l'interno”, dovendosi “privilegiare i punti di osservazione che insistono su spazi pubblici e che consentono di apprezzare *l'inserimento del nuovo manufatto o complesso nel contesto*”. L'art. 1 delle NTA del PPR si osserva poi, si richiama integralmente alla definizione di cui alla Convenzione europea, mentre l'art.37, ancora una volta impone la valutazione dell'incidenza paesistica di un progetto in base all'entità e alla natura del *condizionamento che il progetto esercita sull'assetto del paesaggio di contesto*”, con riguardo alle “caratteristiche dell'impatto prodotto dall'opera prevista”; l'art.5.4. del Regolamento edilizio del comune di Milano prevede che “l'Amministrazione Comunale, secondo le competenze dalle norme vigenti, esegue, avvalendosi della Commissione comunale per il Paesaggio, un esame dei progetti “relativamente alla qualità estetica e all'*inserimento nel paesaggio*” (corsivi nostri). La disciplina positiva, dunque, valorizzerebbe “il contesto” in relazione a quel criterio guida per la definizione di paesaggio che proprio la Carta europea pone: la “*percezione da parte delle popolazioni*” (art.1 lett.a).

Il necessario contenimento della portata espansiva della nozione di paesaggio si ancora poi, osserva la IV Sezione, al “necessario bilanciamento tra libera esplicazione del diritto di proprietà, di cui è espressione lo *jus aedificandi*, e il (preteso) interesse pubblico alla salvaguardia di un valore paesaggistico, che, - ove pure in ipotesi sussistente sul piano estetico - finisce per essere recessivo ove afferente a un bene non fruibile dalla generalità indifferenziata dei consociati”.

Tali sarebbero appunto le falde percepibili solo dal cortile interno e unicamente da chi abbia titolo per accedervi, non potendosi accogliere la tesi che tale limitato numero di soggetti sia riconducibile a quelle nozioni di *popolazione* e di *cittadinanza* capaci di esprimere elementi identitari.

6. Conclusioni.

La prospettiva fatta propria dalla IV Sezione merita, ad avviso di scrive, piena condivisione.

Il paesaggio vive una delicata stagione di transizione. E' anzitutto in cerca di nuova armonia rispetto agli imperativi della protezione ambientale, sempre più chiamata a declinarsi come transizione ecologica che esige nuovi interventi sul territorio, sulla sua morfologia. Il paesaggio, sebbene non riducibile a componente dell'ambiente, fronteggia così finalità di interesse generale anch'esse egemoni e sempre più urgenti, rispondenti non solo a scopi ecologici ma altresì a pressanti questioni di politica energetica^[37]. Rispetto ad essi richiede tuttavia un apprezzamento nei termini giuridici di un confronto tra pari, secondo rigorosi criteri di proporzionalità e ragionevolezza.

D'altra parte, il paesaggio è ancora in via di definitiva sistematizzazione rispetto al governo del territorio. La sua tutela, non dimentica delle proprie origini di conservazione delle bellezze naturali, è certamente, specie a seguito della novella del 2008 al codice Urbani, proiettata verso la difesa ma anche promozione e ripristino di luoghi caratterizzati dall'impronta culturale e identitaria della popolazione. Se questa componente è la cifra caratterizzante il

paesaggio come oggetto della disciplina giuridica, a partire dalla Carta fondamentale riletta alla luce della Convenzione europea del paesaggio, è da considerare come la medesima si riferisca alla collettività nazionale. Lo stesso Codice lo assume come oggetto di tutela relativamente “a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell’identità nazionale in quanto espressione di valori culturali”[38], legandosi a quella unicità di scenari in cui riposa la radice dell’eccentricità della disciplina italiana nel contesto internazionale[39].

È vero che il valore estetico - culturale e il senso di appartenenza si declina in ragione delle specificità locali, ma è quel valore non negoziabile in cui il *paesaggio* si risolve[40] a giustificare la tutela dei *paesaggi*, e che, comunque si trovi localmente specificato e apprezzato, trova protezione attraverso il riconoscimento della sua primazia, l’uniforme disciplina dello Stato, l’“impronta unitaria” della pianificazione, pur articolata su scala regionale[41].

Ciò non toglie che finalità di conservazione e promozione, superando il livello minimo di tutela rispondente all’interesse unitario, possano ulteriormente emergere in ambito regionale e locale, essendo capaci di trovare in quelle sedi, nell’esercizio delle competenze dei diversi livelli di governo, anche favorevoli bilanciamenti rispetto a istanze sociali ed economiche, tuttavia qui confondendosi nelle complessive scelte di governo del territorio[42].

La prospettiva dei diversi livelli degli interessi che permeano il sistema spiega bene perché, malgrado la “territorializzazione” dei piani paesaggistici e la tendenziale integralità della tutela accordata oggi al bene-paesaggio, il medesimo non si configuri come nozione olistica, essendovi sul territorio qualcosa che ancora vi si estranea: è ciò che non incide su quell’istanza comune, non s’infrange contro un interesse generale connaturato e immanente al territorio, di rilievo nazionale.

Accanto alle insidie del passato panurbanismo, ai paventati rischi del panambientalismo, si palesa la necessità di non cedere alla facile lusinga del panpaesaggismo[43].

La limitazione conformativa proprietà privata, ascrivibile alla sua funzione sociale, si integra in relazione a quei soli condizionamenti[44] che corrispondono ai predetti valori unitari[45], laddove dell’urbanistica occorre recuperare il carattere di ineludibile complementarità rispetto alla tutela paesaggistica nel ruolo di composizione di quella pluralità di interessi che connota tradizionalmente l’autonomia, normativa e amministrativa, degli enti territoriali[46].

[1] Sulla Convenzione europea del Paesaggio, cfr. A. A. Herrero De La Fuente, *La convenzione europea sul paesaggio*, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, 2001, 6, 893 ss., G. F. Cartei, *Codice dei beni culturali e del paesaggio e Convenzione europea: un raffronto*, in *Aedon*, 2008, 3, D. M. Traina, *Il ventennale della convenzione europea sul paesaggio: un primo bilancio del suo stato di attuazione in Federalismi.it*, 2020, 30, 190 ss. V. inoltre i diversi contributi in G. F. Cartei, *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna 2007.

[2] Si pensa anzitutto, ovviamente, all’approccio sistematico-integrativo di A. Predieri, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, 270 ss., in cui l’Autore riconosceva 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 delle ristrettissime aree alpine o marine, non può parlarsi di un ambiente naturale senza presenza

umana”; Id., *Paesaggio (ad vocem)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, 1981, 503 ss., G. Ghetti, *Prospettive della tutela del Paesaggio negli ordinamenti regionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1527, F. Merusi, *Commento all'art.9 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, 434 ss., F. Levi, *La tutela del paesaggio*, Torino, 1979, 1 ss. Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione della disciplina di tutela del paesaggio e della portata del piano paesaggistico: A. Angiuli, *Piani territoriali tra valore paesaggistico, interessi rivali e partecipazione*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, vol. I, 1289 ss., G. Severini, *La tutela costituzionale del paesaggio (art.9 Cost.)*, in S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale (a cura di), *Codice di edilizia e di urbanistica. I codici commentati*, Torino, 2013, 33, P. Carpentieri, *Paesaggio*, in *Treccani, diritto-online*, 2018, G. Severini, *L'evoluzione storica del concetto giuridico di paesaggio*, in G. Morbidelli, M. Morisi, *Il "paesaggio" di Alberto Predieri*, Firenze, 2019, 59 ss., D. M. Traina, *Il paesaggio nell'evoluzione del diritto urbanistico*, *Ibidem*, 141 ss.

[3] *Convenzione europea del Paesaggio*, Relazione esplicativa, II, Obiettivi e struttura della Convenzione, punto.6.

[4] Cfr. G. Morbidelli, *Il contributo fondamentale di Alberto Predieri all'evoluzione e alla decifrazione della nozione giuridica di paesaggio*, in G. Morbidelli, M. Morisi, *Il "paesaggio" di Alberto Predieri*, cit., 13 ss., che sottolinea come la tesi "integrale" si sia ormai radicalmente affermata, essendo di solo interesse storico le posizioni più restrittive che riconoscevano, in un orizzonte giuridico comunque diverso dall'attuale, la tutela paesaggistica limitata alle bellezze naturali.

[5] P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2018, 19 ss.; Corte cost. n. 239/1985.

[6] P. Carpentieri, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in *Giustizjainsieme*, maggio, 2021.

[7] Cass., Sez. Un., n. 5172/1979, Cass., III, n. 5530/1997, Cass., Sez. Un., n. 1187/1997, Cass., Sez. Un., n. 27187/2007, ma v. anche, tra le altre, Corte cost. n. 140/2007. Sulla necessità di un'autonoma e unitaria nozione di ambiente in relazione al diritto soggettivo all'ambiente salubre: A. Postiglione, *Ambiente: suo significato giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 33 ss., 1985, 33 ss.

[8] Cfr. Corte cost. n. 239/1982, che sottolinea come a una riduzione dell'ambiente – allora non contemplato dalla Carta fondamentale - all'urbanistica si opponesse il secondo comma dell'art. 9 Costituzione “secondo cui la tutela del paesaggio è compito della Repubblica e quindi in prima linea dello Stato, disposizione correttamente intesa ed applicata dal ricordato d.P.R. n. 616 del 1977, il quale all'art. 82 ha delegato (in base all'art. 118, secondo comma, Cost.) e non trasferito alle regioni (come, invece, ha fatto per le materie previste dall'art. 117 della Costituzione stessa) le funzioni amministrative in materia”. V. già Corte cost. n. 39/1986, n. 1151/1986, n. 641/1987. Per la progressiva estensione della nozione di paesaggio, dalle bellezze naturali, al valore culturale “ad ogni elemento naturale e umano attinente alla forma esteriore del territorio”, cfr. F. Costantino, *Ambiente (dir. cost.)*, in *Treccani, Diritto-online*, 2014. Sulla derivazione della nozione di ambiente da quella di paesaggio: S. Labriola, *Dal paesaggio all'ambiente: un caso di interpretazione evolutiva della norma costituzionale. Il concorso della Corte e il problema delle garanzie*, in *Diritto e società*, 1987, 113 ss.

[9] S. Civitarese Matteucci, *Ambiente e paesaggio nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Aedon*, 2022, 1. Per una ricostruzione recente dei profili evolutivi dell'ambiente: F. de Leonardi, *L'ambiente*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 6, 787 ss., E. Mostacci, *L'ambiente e il suo diritto nell'ordito costituzionale*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, t. 1, Milano, 2014, 271 ss., P. Colasante, *La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente*, in *Federalismi*, giugno, 2020. Per la pregressa nozione generica di “ambiente”, in quanto riferito a svariati ed interessi ed elementi che integrano la cornice giuridica dell'uomo: M. S. Giannini, “*Ambiente*”: *saggio sui suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1 ss., Id., *La potestà delle regioni in materia di governo del territorio*, in *Atti dei convegni Lincei, Tavola rotonda su Insediamenti territoriali e rapporti fra uomo e ambiente: criteri e metodologie*, Roma, 1976, 207 ss.

[10] Corte cost. n. 367/2007, cit.: “il concetto di paesaggio indica, innanzitutto, la morfologia del territorio, riguarda cioè l'ambiente nel suo aspetto visivo. Ed è per questo che l'art. 9 della Costituzione ha sancito il principio fondamentale della "tutela del paesaggio" senza alcun'altra specificazione. In sostanza, è lo stesso aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene, che è di per sé un valore costituzionale. Cfr. anche Corte cost. n. 183/2006, n.101/2010, n. 210/2014. Essendo il paesaggio considerato un valore primario ed assoluto, la tutela apprestata dallo Stato è considerata limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome possono dettare nelle materie di loro competenza: Corte cost. nn. 367 e 378/ 2007, nn. 80 e 437/2008, n. 272/2009. Spetta allo Stato, si afferma, assicurare una tutela «adeguata e non riducibile» dell'ambiente valevole anche nei confronti delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome: Corte cost. n. 232/2008 e n. 61/2009. V., ancora Corte cost. n. 344/2010, sull'impatto paesaggistico degli impianti eolici.

[11] A. Angiuli, *Op. cit.*, 1312-1313 e riferimenti alla nota 66, G. F. Cartei, *Autonomia locale e pianificazione del Paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 3, 703 ss., che osservano come tale impostazione centralista debba trovarsi temperata dal coinvolgimento delle autonomie territoriali nel procedimento di pianificazione paesaggistica, secondo le enunciazioni della Convenzione europea del paesaggio ma anche di alcune norme del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

[12] A proposito della necessaria impronta unitaria della pianificazione paesaggistica: Corte cost. n. 211/2013, n. 197/2014, n. 64/2015, n. 210/2016, n. 66 e 68/2018, n.178/2018, n. 86/2019, Corte Cost. n. 66/2018 e più di recente: C. cost. n. 240/2020 sul piano paesaggistico della regione Lazio e Corte cost. n.141/2021.

[13] *Ex multis*: Corte cost. n. 151/1986, n. 302/1988; Corte cost. N. 43/1991. Cfr. di recente: C. cost. n.160/2021, secondo cui l'art.146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, laddove impone l'intervento del soprintendente nel procedimento di autorizzazione paesaggistica è qualificabile come norma fondamentale di riforma economico-sociale, ai fini delle competenze legislative delle regioni ad autonomia speciale.

[14] Corte cost. n. 197/2014, n. 64/2015, n. 66/2018, n. 240/2020, cit.

[15] P. Carpentieri, *Paesaggio contro ambiente*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 8, 931 ss.; Id., *Eolico e paesaggio*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 1, 322 ss.

[16] G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'art.9 della Costituzione*, in *Giustizainsieme*, settembre 2021.

[17] G. Severini, P. Carpentieri, *Ibidem*. Per l'irrelevanza della riforma dell'art.9 ai fini di una gerarchia tra ambiente e paesaggio: F. De Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art.9 Cost. e la riforma "programma" dell'art.41 Cost. nella legge costituzionale n.1/2022: suggestioni a prima lettura*, cit.

[18] F. Karrer, *Le priorità ambientali attuali*, in *Apertacontrada*, aprile 2011.

[19] G. F., Cartei, G.F., *Il paesaggio*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, II, 2110, Peraltro il valore identitario tutt'ora accomuna tutela dei beni culturali e tutela del paesaggio nel d.lgs. n. 42/2004. Cfr. R. Cavallo Perin, *Il bene culturale*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, 495 ss.

[20] G. Severini, *L'evoluzione storica del concetto giuridico di paesaggio*, in G. Morbidelli, M. Morisi (a cura di), *Il "paesaggio" di Alberto Predieri*, Firenze, 2019, pp. 59 ss., 105-106 e P. Carpentieri, *Op. ult. cit.*, per il quale il paesaggio riguarda appunto la comprensione identitaria del contesto più che la tutela delle matrici ambientali.

[21] Cfr. Cons. St., VI, n. 3893/2012, in cui, pur sottolineando come tutela del paesaggio e tutela dei beni culturali siano tutelati attraverso strumentazioni tra loro parallele e differenziate, osserva come beni culturali e beni paesaggistici sintetizzino i rispettivi tipi amministrativi di tutela, compongano unitariamente - per comune fondamento storico, concettuale e giuridico - il genere del patrimonio culturale ed abbiano principi comuni perché collegati dall'analoga matrice culturale, dal valore identitario (artt. 1 e 2 del Codice) e dal riferimento contestuale nel medesimo principio fondamentale dell'art. 9 della Costituzione. Cfr. anche TAR Lazio, Roma, II, n. 3577/2014, secondo cui: << in primo luogo, infatti, la stessa nozione di paesaggio indicata dall'art. 131 del codice e le definizioni dell'art. 136 conducono a ritenere che, in particolare a seguito delle modifiche normative operate dall'art. 2 del d.lgs. n. 63 del 26 marzo 2008, la individuazione dei beni paesaggistici non sia caratterizzata dalla 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.

[22] G. Morbidelli, *Il contributo fondamentale di Alberto Predieri all'evoluzione e alla decifrazione della nozione giuridica di paesaggio*, cit., 30. Cfr. anche F. Merusi, *Commento all'art.9 Cost.*, cit., M. Immordino, *Paesaggio (tutela del)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1999, X, 573.

[23] Cons. St., VI, n. 3213/2012; Id., IV, n. 4246/2010; Id., V, n. 3770/2009.

[24] V. la giurisprudenza citata alla nota precedente e altresì: Cons. St., VI n. 7004/2011; Id., VI, n. 118/2013; Id., VI, n. 533/ 2013. Per la negazione di una ponderazione di interessi ai fini dell'imposizione dei vincoli paesaggistici, da ultimo: Cons. St., IV, n. 0271/2022.

[25] Per cui v. D. M. Traina, *Il paesaggio nell'evoluzione del diritto urbanistico*, cit. V. ad es., per le finalità sociali perseguibili dalla pianificazione urbanistica: Cons. St., IV, n.2710/2012, in *Urb. e app.*, 2013, 1, 59 ss., con nota di P. Urbani. Il tale pronuncia si riteneva legittima la scelta del comune di circoscrivere le possibilità edificatorie per evitare gentrificazione e terziarizzazione del territorio di Cortina e in favore delle possibilità di acquisto della prima casa per i residenti. Sulla piena discrezionalità del Comune di modificare le destinazioni d'uso dei terreni, eliminandone la capacità edificatoria per scelte eventualmente ecologico-ambientali: Cons. St., IV, n. 119/2012 sul PRG di Roma in relazione al comprensorio di Tor Pagnotta. Per la conforme giurisprudenza: v., ad es., Cons. St., IV, n. 4667/2009, Id., IV, 4847/2009, Id., IV, n. 2545/2010, Id., IV, 7554/2010, Id., IV, n. 1222/2011. Tale regola è come noto derogabile solo a fronte di specifici affidamenti qualificati: cfr. Cons. St., IV, n. 352/ 2011. In precedenza: Id., IV, n. 133/2011; Id., IV, n. 8682/2010; Id., IV, n. 7492/2010; Id., IV, 2630/2009; Id., IV, n. 1476/2008. Cfr. anche Corte cost. n. 209/2017 sulla infondatezza delle questioni di legittimità

costituzionale dell'art. 14, co. 16, lettera f), del d.l. 31 maggio 2010 n. 78 che ha dato base legislativa al contributo straordinario previsto dal Piano urbanistico di Roma "a fronte di rilevanti valorizzazioni immobiliari generate dallo strumento urbanistico generale, in via diretta o indiretta, rispetto alla disciplina previgente per la realizzazione di finalità pubbliche o di interesse generale, *ivi* comprese quelle di riqualificazione urbana, di tutela ambientale, edilizia e sociale".

[26] Per cui v. A. M. Sandulli, *La tutela del Paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, II, 70 ss. e ora in Id., *Scritti giuridici*, Vol. II *Diritto Costituzionale*, Napoli, 1990, 279 ss.

[27] A. Angiuli, *Piani territoriali tra valore paesaggistico, interessi rivali e partecipazione*, cit. Sull'attuale coesistenza, nella disciplina del codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. n.42/2004, della tutela dei beni paesaggistici e del paesaggio complessivamente inteso e dei profili distintivi tra le due nozioni, cfr. di recente Corte cost. n. 240/2020, cit., TAR Lazio, Roma, II quarter, n.1080/2021, e la nota critica di G. Iacovone, *Paesaggio e ricerca scientifica*, in questa *Rivista*, marzo 2021.

[28] Cfr., tra le prime pronunce del giudice delle leggi: Corte cost. n. 239/1985 che osservava: "Già secondo la l. 17 agosto 1942 n. 1150 la nozione di urbanistica comprendeva non solo l'assetto e l'incremento edilizio dei centri abitati ma anche "lo sviluppo urbanistico in genere nel territorio dello Stato" (art. 1). Il successivo sviluppo della legislazione in *subiecta* materia (cfr., ad esempio, la l. 6 agosto 1967 n. 765 nonché la l. 19 novembre 1968 n. 1187) è tutto orientato verso tale ampia concezione, nel senso, cioè, che l'istituto comprende l'intero territorio senza limitazioni di sorta. Il che ha trovato ampia e precisa conferma nel d.P.R. 24 luglio 1977 n. 616 (emanato, in attuazione della delega di cui all'art. 1 l. 22 luglio 1975 n. 382, per l'attuazione dell'ordinamento regionale), il quale all'art. 80 ridefinisce l'urbanistica come "la disciplina dell'uso del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente".

[29] E. Sticchi Damiani, *Disciplina del territorio e tutele differenziate: verso un'urbanistica "integrale"*, in AA.VV., *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, a cura di E. Ferrari, Giuffrè, Milano, 2000, p. 146.

[30] P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, cit., 19 ss. Osserva come l'estensione delle pianificazioni settoriali e l'affievolimento del loro carattere di specialità abbia finito con l'inficiare il nucleo essenziale della potestà pianificatoria dell'ente locale: A. Angiuli, *Piani territoriali tra valore paesaggistico, interessi rivali e partecipazione*, cit., 1204 ss., la quale ricorda come anche per la Corte costituzionale, il fatto che il piano paesaggistico possa assumere valenza territoriale e, di converso, che il PRG possa porre finalità di tutela paesaggistica ulteriore non consente di far ritenere la disciplina paesaggistica primaria subordinata all'urbanistica o addirittura inclusa in essa. Cfr. già Corte cost. n. 359/1985. Sottolinea il rafforzamento di questa tendenza all'indomani della riforma dell'art.117 Cost. ex l.c. n.3/2001: D.M. Traina, *Il paesaggio nell'evoluzione del diritto urbanistico*, cit., 165.

[31] A. Angiuli, *Piani territoriali tra valore paesaggistico, interessi rivali e partecipazione*, cit.

[32] Con la legge 8 agosto 1985, n. 431 (c.d. "legge Galasso"), che ha previsto che le regioni potessero dotarsi, anziché di piani paesistici, di piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesistici ed ambientali, con scelte confermate dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. 42 del 22 gennaio 2004, che ha demandato alle Regioni la redazione e l'approvazione dei piani paesaggistici estesi al loro intero territorio, ovvero di piani urbanistico territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici. Cfr. P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. amm.*, 2015, 1, 50.

[33] P. Chirulli, *Op. cit.*, 50, E. Boscolo, *Il piano regolatore comunale (art. 7, L. 17.8.1942, n. 1150)*, in S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale (a cura di), *Codice di edilizia e di urbanistica. I codici commentati*, Torino, 2013, 246, P. Marzaro, *L'amministrazione del paesaggio. Profili critici ricostruttivi di un sistema complesso*, Torino, 2011, 39 ss.

[34] P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, cit. Per importanti riflessioni nel pensiero urbanistico, cfr. L. Ricci, *Diffusione insediativa, territorio e paesaggio*, Roma, 2005, in particolare 179 ss.

[35] Cfr. TAR Lazio, Roma, II, n. 3577/2014, cit., che ricorda come "La giurisprudenza è, infatti, costante nel ritenere che la tutela del paesaggio non sia riducibile a quella dell'urbanistica, né, più in particolare, possa essere considerato vizio della funzione preposta alla tutela del paesaggio il mancato accertamento dell'esistenza, nel territorio oggetto dell'intervento paesaggistico, di eventuali prescrizioni urbanistiche. Le prescrizioni urbanistiche, infatti, rispondono ad esigenze diverse, e non si inquadrano nella considerazione globale del territorio, che è alla base della tutela dei beni paesaggistici, tenuto anche conto che il paesaggio è considerato un valore assolutamente primario nell'ordinamento, secondo quanto affermato anche dalla Corte Costituzionale. Cfr. Cons. St., IV n. 4246/2010; Id., V, n. 3770/2009; per la giurisprudenza costituzionale richiamata: Corte cost. n. 239/1982, n. 94/1985, n. 94/1985. V. anche Corte cost. n.151/1986 che, riferita alla dichiarazione *ex lege* dell'interesse paesaggistico di intere categorie di beni, ad opera della legge Galasso, osservava come la nuova disciplina, proprio per l'estensione e la correlativa intensità dell'intervento protettivo - imposizione del vincolo paesistico (e quindi preclusione di sostanziali alterazioni della forma del territorio) in ordine a vaste porzioni e a numerosi

elementi del territorio stesso individuati secondo tipologie paesistiche ubicazionali o morfologiche rispondenti a criteri largamente diffusi e consolidati nel lungo tempo – introduce – si osservava – una tutela del paesaggio improntata a integralità e globalità, vale a dire implicante una riconsiderazione assidua dell'intero territorio nazionale alla luce e in attuazione del valore estetico-culturale. Una tutela così concepita era considerata aderente al precetto dell'art. 9 Cost., il quale, secondo una scelta operata al più alto livello dell'ordinamento, assume il detto valore come primario, cioè come <insuscetibile<="" span="" data-reader-unique-id="486" style="max-width: 100%;>>span class="apple-converted-space"> di essere subordinato a qualsiasi altro. Si precisava: “Essa non esclude né assorbe la configurazione dell'urbanistica quale funzione ordinatrice, ai fini della reciproca compatibilità, degli usi e delle trasformazioni del suolo nella dimensione spaziale considerata e nei tempi ordinatori previsti”. Così anche Corte cost. n.367/2007, cit.

[36] In tal senso, v. già TAR Lazio, II quater, n.1080/2021, cit.

[37] Cfr. R. Miccù (a cura di), *Lineamenti di diritto europeo dell'energia. Nuovi paradigmi di regolazione e governo multilivello*, Torino, 2019, e v. il pacchetto *Green Deal Europeo* che comprende la Proposta di direttiva per la promozione dell'energia da fonti rinnovabili con modifica della direttiva 2018/2001, del regolamento 2018/1999, della direttiva n. 98/70/CE e di abrogazione della direttiva (UE) 2015/652 del Consiglio, su <https://eur-lex.europa.eu>.

[38] Art.131 d.lgs. n.42/2004.

[39] A. M. Sandulli, *La tutela del Paesaggio nella Costituzione*, cit. Per un'ampia analisi: G. C. Feroni, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo*, in G. Morbidelli, M. Morisi, *Il “paesaggio” di Alberto Predieri*, cit., 109 ss.

[40] D. M. Traina, *Il paesaggio nell'evoluzione del diritto urbanistico*, cit., 158. Per l'esclusione che il paesaggio possa cedere a mere esigenze urbanistiche, ancora di recente: Cons. St., VI, n. 2225/2000 e Cons. St., IV, n.2371/2022.

[41] Lo spiega bene Corte cost. n. 240/2020, relativa al procedimento di approvazione del Piano territoriale paesaggistico del Lazio. Vi si riconosce come la necessità di assicurare il pieno coinvolgimento degli organi statali derivi proprio dalla “commistione di competenze diverse di cui sono titolari lo Stato e le regioni e dall'esistenza di un interesse unitario alla tutela del paesaggio”. “L'affermato obbligo di ricorrere a procedure di leale collaborazione deriva, quindi, dalla circostanza che si è in presenza di un complesso quadro di competenze amministrative (oltre che legislative) statali e regionali, le quali devono essere esercitate armonicamente”. Cfr. anche, tra le molte, Corte cost. n. 86/2019, nn. 66, 68 e 178/2018.

[42] Per una puntuale analisi e ricostruzione sistematica di discipline speciali che condizionano il diritto dominicale: F. Francario, *Il regime giuridico di cave e torbiere*, Milano, 1997; per la dimensione nazionale degli interessi generali perseguiti attraverso discipline speciali che limitano le scelte urbanistiche cfr. già: V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 386 ss. Per la considerazione dell'interesse nazionale come limite intrinseco alla competenza legislativa delle regioni, con considerazioni che non sembrano superate ma sottese al nuovo quadro costituzionale: Alb. Romano, *Note sui caratteri della legislazione nello “Stato delle autonomie”*, in *Le Regioni*, 1981, 660 ss. Sulla rilevanza della dimensione degli interessi al fine dell'allocazione delle funzioni tra i diversi livelli di governo: Alb. Romano, *Verso il recupero di competenze generali dell'amministrazione centrale*, in *Gazzetta ambiente*, 2005, 5; e ancora Id., *Osservazioni conclusive al Convegno “Normazione e funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale”*, in *Annuario AIPDA*, 2002, Torino, 3-4 ottobre 2002, vol. III, 2003, 589-601 che osserva come dovrebbero essere piuttosto le competenze periferiche a dover essere eventualmente dedotte dalla “graduale consapevolezza, o almeno debolezza di ragioni centralizzatrici: quale che sia la lettera delle nuove disposizioni, che comunque deve essere corretta alla stregua di criteri storico-sistematici”, così anticipando la gravosa opera di ricostruzione del sistema avviata dalla Corte costituzionale all'indomani della riforma del titolo V.

[43] D. M. Traina, *Il paesaggio nell'evoluzione del diritto urbanistico*, cit., 165. Per una lettura critica della stessa Convenzione europea del Paesaggio che avrebbe assunto una visione “socio - antropologica”, capace di ridurre tutto a paesaggio, obliterandone la componente estetica o riducendola a “estetica generalizzata”: P. Carpentieri, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in *Giustiziasieme*, maggio, 2021.

[44] A partire dalle note pronunce: Corte cost. n. 56/1968, n. 417/1995, n. 262/1997. Nella recente giurisprudenza amministrativa, v., ad es.: Cons. St., IV, n.4244/2010, Id., V, n. 3770/2009, Id., IV, n. 02371/2022.

[45] Per l'identificazione di tale interesse come fondamento già dei primi piani paesaggistici: A. Angiuli, *Piani territoriali tra valore paesaggistico, interessi rivali e partecipazione*, cit., 1293.

[46] M. C. Romano, *Autonomia comunale e situazioni giuridiche soggettive. I regolamenti conformativi*, Napoli, 2012, 496 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2302 – 28 aprile 2022

L'accesso difensivo *post* Adunanza Plenaria n. 4/2021 tra potere valutativo della P.A. e apprezzamento del giudice (nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 25 febbraio 2022, n. 1342)

di Gianluigi Delle Cave

Sommario: 1. La vicenda. – 2. Il diritto di accesso ai sensi della l. n. 241/1990: osservazioni minime. – 2.1. segue: simmetrie (e contrasti) con l'accesso civico semplice e generalizzato. – 3. Analisi critica della sentenza n. 1342/2022: portata e limiti dell'accesso c.d. "difensivo". – 3.1. segue: l'accesso difensivo *post* Adunanza Plenaria n. 4/2021: quali scenari? – 4. Conclusioni.

1. La vicenda

La vicenda, in sintesi, trae origine dal ricorso (n. r. g. 55/2021) con cui un operatore economico inoltrava all'ASL 1 Avezzano-Sulmona-L'Aquila, ai sensi della l. n. 241/1990, istanza di accesso ad un serie di atti, deliberazioni, determinazioni e provvedimenti adottati dall'amministrazione, ivi puntualmente elencati, e relativi a procedure di gara e a contratti di fornitura stipulati tra le parti tra il 2005 e il 2015, asseritamente necessari «*per valutare l'esattezza degli adempimenti contrattuali*» e porli «*a sostegno di azioni giudiziarie*» avverso la stazione appaltante (in specie, per farsi vedere riconosciuto il pagamento su fatture per interessi su prestazioni e/o merce rese nel corso degli anni a favore della S.A. medesima). Ebbene, contro il silenzio dell'amministrazione, la società istante proponeva ricorso innanzi al T.A.R. Abruzzo, per l'accertamento dell'inadempimento e l'ostensione degli atti richiesti. Il giudice di *prime cure*, respingeva, quindi, le doglianze della ricorrente^[1], evidenziando come l'ostensione documentale «*non può essere finalizzata all'esercizio di un controllo generalizzato dell'operato*

dell'amministrazione, allo scopo di verificare eventuali e non ancora definite forme di lesione della sfera dei privati», ciò in quanto l'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi deve essere comparato con gli altri interessi rilevanti, tra cui quello dell'amministrazione a non subire eccessivi intralci nella propria attività gestoria presidiata anche a livello costituzionale.

Ebbene, con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato, nell'accogliere le doglianze dell'appellante, si inserisce e rimarca il tracciato giurisprudenziale formatosi recentemente in materia di c.d. "accesso defensionale", confermando l'interpretazione - pure accolta dall'Adunanza plenaria[2] - su un istituto dotato, di fatto, di peculiarità proprie e di valenza del tutto autonoma e meglio perimetrando il potere valutativo attribuito alla P.A. in sede di disamina delle istanze di accesso difensivo sottoposte alla sua cognizione.

Come noto, infatti, prima dell'intervento della citata A.P., il dibattito pretorio in materia è stato caratterizzato da una rigida polarizzazione tra due orientamenti tra loro confliggenti. Ed infatti, (i) un primo filone interpretativo[3] riteneva sufficiente, ai fini dell'accoglimento dell'istanza di accesso, che la documentazione richiesta avesse "attinenza" con il processo, non potendo la P.A. disquisire sulla fondatezza o meno delle pretese azionate, sulla concreta utilità del documento richiesto rispetto alle difese addotte ovvero sulla validità della strategia processuale prescelta; (ii) un secondo indirizzo, *de contrario*, propendeva per una valutazione più rigorosa dell'istanza di accesso, tanto da imporre al richiedente di dimostrare - eccezion fatta per le sole ipotesi di connessione evidente tra diritto all'accesso ed esercizio proficuo del diritto di difesa - la specifica connessione con gli atti di cui ipotizza la rilevanza ai fini difensivi e ciò anche ricorrendo all'allegazione di elementi induttivi, ma testualmente espressi, univocamente connessi alla "conoscenza" necessaria alla linea difensiva e logicamente intellegibili in termini di consequenzialità rispetto alle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili[4].

Ebbene, anticipando quanto meglio si dirà nel seguito, i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito, in estrema sintesi, come la fondatezza dell'eventuale "futura" iniziativa giudiziaria cui è collegata l'accesso non può essere *tout courts* sindacata dalla pubblica amministrazione e, conseguentemente, dal giudice dell'accesso[5]. Ed infatti, la P.A. detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece 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. 241/1990.

2. Il diritto di accesso ai sensi della l. n. 241/1990: osservazioni minime

Il diritto di accesso ai dati, alle informazioni e ai documenti in possesso dell'amministrazione - rappresenta uno degli istituti fondamentali in cui si estrinseca il principio di trasparenza[6]. Come evidenziato in dottrina[7], questo legame si riflette pure sulla fisionomia dell'accesso amministrativo, che presenta nel nostro ordinamento una natura multiforme. Ed infatti,

plurime sono le forme di accesso previste, ciascuna caratterizzata da uno specifico percorso evolutivo (normativo e giurisdizionale) e da tratti giuridici almeno in parte originali^[8]. Il diritto di accesso ai documenti amministrativi costituisce, in sintesi, un principio generale dell'ordinamento giuridico e si colloca in un sistema ispirato al contemperamento delle esigenze di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa con i principi di partecipazione e di concreta conoscibilità della funzione pubblica da parte dell'amministrato, basato sul riconoscimento del principio di pubblicità dei documenti amministrativi^[9]. Con riferimento all'accesso disciplinato dalla l. n. 241/1990 (artt. 22-27), ai fini della sussistenza del presupposto legittimante per l'esercizio di tale diritto, deve esistere: (a) un interesse giuridicamente rilevante del soggetto che richiede l'accesso, non necessariamente consistente in un interesse legittimo o in un diritto soggettivo, ma comunque giuridicamente tutelato, e (b) un rapporto di strumentalità tra tale interesse e la documentazione di cui si chiede l'ostensione, nesso di strumentalità che deve, peraltro, essere inteso in senso ampio, posto che la documentazione richiesta deve essere "mezzo utile" per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante^[10].

In buona sostanza, dunque, la l. n. 241 cit. - allo scopo di abbattere il tradizionale schermo del segreto amministrativo - ha disciplinato il diritto di accesso ai documenti amministrativi quale strumento finalizzato alla tutela di colui che ne abbia interesse avverso atti e provvedimenti della pubblica amministrazione incidenti sulla sua sfera soggettiva^[11] (la necessità di un collegamento specifico e concreto con un interesse rilevante impedisce, ovviamente, che l'accesso possa essere utilizzato per conseguire improprie finalità di "controllo generalizzato" sulla legittimità degli atti dell'amministrazione pubblica). Il diritto di accesso rappresenta, quindi, una situazione giuridica che: (i) *ex se* non garantisce l'acquisizione o la conservazione di beni della vita e, dunque, non assicura al suo titolare il conseguimento di utilità finali; (ii) è strumentale, piuttosto, al soddisfacimento (o al miglior soddisfacimento) di altri interessi giuridicamente rilevanti (diritti o interessi), rispetto ai quali si pone in posizione ancillare. La conoscenza dei documenti amministrativi, quindi, deve essere correlata - in modo "diretto, concreto e attuale"^[12] - ad altra "situazione giuridicamente tutelata": non si tratta, dunque, di una posizione sostanziale autonoma, ma di un potere di natura procedimentale, funzionale alla tutela di situazioni *stricto sensu* sostanziali, abbiano esse consistenza di diritto soggettivo o interesse legittimo. In tal guisa, la stessa nozione di legittimazione all'accesso - come prefigurata dall'art. 22 della l. n. 241/1990, che richiede, per l'appunto, la titolarità di un interesse diretto, concreto e attuale - vale a rivelare la ontologica natura strumentale del diritto di accesso rispetto ad altra, effettiva, posizione sostanziale (che non può ridursi ad un mero "diritto all'informazione"), nonché a precludere che un tale potere si risolva in un controllo generalizzato, anche di natura meramente esplorativa o emulativa, sull'*agere* amministrativo^[13].

Oltre la qualificazione dell'interesse, per quanto qui di precipuo interesse, vale la pena soffermarsi brevemente anche sul concetto di "utilità" dell'accesso. A tal proposito non può non evidenziarsi come l'amministrazione (o il soggetto ad essa equiparato), in sede di esame di una domanda d'accesso, sia tenuta soltanto a valutare l'inerenza del documento richiesto con l'interesse palesato dall'istante, e non anche l'utilità del documento al fine del soddisfacimento della pretesa correlata^[14]. La P.A., in sintesi, non è tenuta a verificare l'effettiva utilità dei documenti in vista della difesa delle ragioni dell'istante né, tanto meno, la strategia difensiva dallo stesso articolata, ma solo la non manifesta inutilità della visione degli atti stessi. In buona sostanza, occorre valutare unicamente l'inerenza del documento richiesto all'interesse dell'istante, non anche l'utilità dei documenti al fine del soddisfacimento

della pretesa correlata: è quindi sufficiente una valutazione in astratto, senza che possa essere operato, con riferimento al caso specifico, alcun apprezzamento in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale che gli interessati potrebbero eventualmente proporre sulla base dei documenti acquisiti mediante l'accesso, non potendo la legittimazione all'accesso essere valutata alla stessa stregua di una legittimazione alla pretesa sostanziale sottostante^[15]. In definitiva, il diritto di accesso rappresenta espressione non solo del principio di informazione (ravvisabile nell'art. 21 Cost.) e in tutti i principi cui essa è ispirata, ma anche del principio di difesa (art. 24 Cost.) nonché dei valori di buon andamento e imparzialità (fissati all'art. 97 Cost.). Partecipazione e trasparenza, quindi, si presentano come un binomio imprescindibile per garantire l'imparzialità della P.A. e delle sue attività, ivi incluso il corretto esplicarsi del diritto di accesso ai documenti amministrativi riconosciuto dalla legge ai soggetti privati. Nell'accesso documentale convivono, *de facto*, due anime: una legata al concetto di trasparenza e l'altra legata più propriamente alla sfera giuridica dell'interessato consentendogli una migliore difesa degli interessi vantati^[16]. Il diritto di accesso documentale non è *tout court* un diritto autonomo, ma è un diritto "strumentale" all'esercizio di un altro diritto: non si procede con l'accesso agli atti unicamente per il vezzo di esaminare i documenti di un procedimento amministrativo, ma, diversamente, perché si vanta un interesse diretto, concreto e attuale all'ostensione di quella specifica documentazione e quindi alla conoscenza dei documenti amministrativi - in via strumentale - per la partecipazione procedimentale o per la difesa in giudizio, ciò ogniqualvolta venga allegata la sussistenza di un interesse alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti^[17].

2.1. segue: simmetrie (e contrasti) con l'accesso civico semplice e generalizzato

Separato, seppur sintetico, cenno merita, poi, il rapporto tra il diritto di accesso come contemplato dalla l. n. 241/1990 e l'accesso civico ex d.lgs. n. 33/2013^[18]. Partendo dalla disamina delle simmetrie tra i due istituti, si evidenzia come il primo importante elemento in comune rilevi con riferimento alla delimitazione dell'ambito soggettivo di legittimazione passiva. Benché con alcune differenze di dettaglio, infatti, in tutti i casi la richiesta di accesso può essere presentata non solo alle pubbliche autorità in senso stretto, ma anche ai soggetti formalmente privati limitatamente allo svolgimento da parte loro di attività di pubblico interesse^[19]. Altro profilo di simmetria attiene alla previsione di un'ampia gamma di limiti, posti a tutela sia di alcune forme di segreto "di rilevanza pubblicistica", sia del diritto alla riservatezza dei terzi (o di alcune sue manifestazioni settoriali)^[20]. Ancora, si guardi al tema della completezza dell'istruttoria e del contraddittorio nella triade di accessi (documentale, civico e generalizzato)^[21]. Infine, l'accesso generalizzato e quello documentale presentano una importante convergenza di carattere "rimediale": essi sono accomunati, infatti, dalla previsione espressa della possibilità di praticare meccanismi risolutivi, "a monte" dell'eventuale conflitto con le esigenze di segretezza e riservatezza^[22].

Maggiori, tuttavia, si appalesano le differenze tra gli istituti sopra richiamati. Innanzitutto, l'accesso civico, di cui all'art. 5 del d. lgs. 33/2013, nonostante alcuni punti di contatto di tipo "testuale", si pone su un piano diverso rispetto all'accesso documentale, che rimane caratterizzato da un rapporto qualificato del richiedente con i documenti che si intendono conoscere, derivante proprio dalla titolarità in capo al soggetto richiedente di una posizione giuridica qualificata tutelata dall'ordinamento. Ed infatti, accanto all'accesso tradizionale, collegato alle specifiche esigenze del richiedente e caratterizzato dalla connotazione strumentale agli interessi individuali dell'istante, posto in una posizione differenziata rispetto agli altri cittadini che legittima il diritto di conoscere e di estrarre copia di un documento

amministrativo, si è dapprima introdotto l'accesso civico c.d. "semplice", imperniato su obblighi di pubblicazione gravanti sulla pubblica amministrazione e sulla legittimazione di ogni cittadino a richiederne l'adempimento; poi, l'accesso civico "generalizzato", azionabile da chiunque, senza previa dimostrazione circa la sussistenza di un interesse concreto e attuale in connessione con la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti e senza alcun onere di motivazione della richiesta (vale a dire senza necessità di puntuale motivazione)^[23]. Dunque, l'accesso documentale non rappresenta uno strumento di controllo ispettivo sull'attività dell'amministrazione, mentre l'introduzione del d.lgs. n. 33/2013 ha determinato la considerevole estensione della gamma dei dati e degli atti conoscibili, a prescindere dall'esigenza di proteggere il proprio patrimonio giuridico.

A tal proposito, le differenze fra le diverse tipologie di accesso sono desumibili pure dagli obiettivi sottesi alle rispettive previsioni normative, in quanto: (i) con l'accesso ai documenti (art. 22 l. n. 241/1990) è possibile ottenere l'ostensione dei documenti richiesti puntualmente dall'interessato; (ii) con l'accesso civico, semplice e generalizzato, si assicura una conoscenza più estesa ma meno approfondita da parte del cittadino a documenti e informazioni, fermi restando i limiti posti a salvaguardia di interessi pubblici e privati suscettibili di essere lesi^[24].

Le differenze tra gli accessi sopra citati si possono riscontrare anche sul piano procedurale^[25], in quanto nei casi di diniego parziale o totale all'accesso o in caso di mancata risposta allo scadere del termine per provvedere, contrariamente a quanto dispone la l. n. 241/1990, non si forma silenzio rigetto, ma il cittadino può attivare la speciale tutela amministrativa interna davanti al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza formulando istanza di riesame, alla quale deve essere dato riscontro entro i termini normativamente prescritti (le decisioni sulle istanze di accesso civico semplice e generalizzato si presumono espresse e, in caso di inerzia della P.A., questa si qualifica come silenzio inadempimento)^[26]. La disciplina maggiormente garantista dell'accesso civico generalizzato tende e consente, quindi, l'esercizio di un controllo diffuso sul "perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico". Da ciò una decisiva considerazione: sebbene la disposizione introdotta dall'art. 5 del d. lgs. n. 33/2013 non richieda particolari legittimazioni, potendo essere attivata da "chiunque" e anche in assenza di una espressa motivazione, allo stesso tempo la richiesta avanzata dal cittadino deve comunque essere riconducibile al soddisfacimento di un interesse che abbia una valenza pubblica e non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale, egoistico o peggio emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, si traduca in una elusione delle diverse finalità e dei limiti dettati dall'accesso documentale ex l. n. 241/1990. Su quest'ultimo punto, giova, poi, evidenziare come la finalità soggettiva che spinge il richiedente a presentare istanza di accesso civico non è sindacabile: anche richieste di accesso civico presentate per finalità "egoistiche" possono favorire un controllo diffuso sull'amministrazione, se queste consentono di conoscere le scelte amministrative effettuate. Il controllo diffuso di cui parla la legge, infatti, non è da riferirsi alla singola domanda di accesso ma è il risultato complessivo cui "aspira" la riforma sulla trasparenza la quale, ampliando la possibilità di conoscere l'attività amministrativa, favorisce forme diffuse di controllo sul perseguimento dei compiti istituzionali e una maggiore partecipazione dei cittadini ai processi democratici e al dibattito pubblico. Infine, è distinta la *ratio* complessiva degli accessi sopra menzionati. Ed infatti, l'accesso documentale punta, in concreto, ad assicurare ai singoli - secondo una concezione dialettica e antagonista del rapporto fra soggetti pubblici e privati - la possibilità di proteggere adeguatamente il proprio patrimonio

giuridico; diversamente, il controllo diffuso sull'attività amministrativa (la c.d. "vigilanza diffusa", concetto meno legato alla sola protezione individuale) rappresenta la funzione primaria dell'accesso civico semplice e di quello generalizzato.

In definitiva, appare evidente che il legislatore, pur introducendo l'istituto dell'accesso civico (semplice e "generalizzato", espressamente volto a consentire l'accesso di chiunque a documenti e dati detenuti dai soggetti indicati nell'art. 2 *bis* del d.lgs. n. 33/2013), permettendo quindi l'accesso (ai fini di un controllo) diffuso alla documentazione in possesso delle amministrazioni (e degli altri soggetti indicati nella norma appena citata) e privo di un manifesto interesse da parte dell'accedente, ha però voluto tutelare interessi pubblici e interessi privati che potessero esser messi in pericolo dall'accesso indiscriminato. Il legislatore ha quindi operato per un verso mitigando la possibilità di conoscenza integrale e indistinta dei documenti detenuti dall'ente introducendo dei limiti all'ampio accesso (art. 5 *bis*, commi 1 e 2, del d.lgs. 33/2013) e, per altro verso, mantenendo in vita l'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi e la propria disciplina dettata dalla l. n. 241/1990 (evitando accuratamente di novellare la benché minima previsione contenuta nelle disposizioni da essa recate), anche con riferimento ai rigorosi presupposti dell'ostensione, sia sotto il versante della dimostrazione della legittimazione e dell'interesse in capo al richiedente sia sotto il versante dell'inammissibilità delle richieste volte ad ottenere un accesso diffuso^[27].

3. Analisi critica della sentenza n. 1342/2022: portata e limiti dell'accesso c.d. "difensivo"

Dato il perimetro normativo/giurisprudenziale brevemente esaminato nei paragrafi precedenti, nonché per meglio comprendere ed esaminare l'istituto dell'accesso difensivo per come richiamato e applicato dai giudici di Palazzo Spada nella sentenza in commento, pare doveroso, innanzitutto, ribadire come dalle previsioni della l. n. 241/1990 risulta una disciplina dell'accesso ispirata ai seguenti principi: (a) esigere la sussistenza del solo nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici [cfr. art. 24, comma 7, della l. n. 241 cit.]; (b) ricomprendere, tra i destinatari, tutti i soggetti privati, ivi compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, senza alcuna ulteriore esclusione [art. 22, comma 1, lettera d), l. n. 241 cit., con formula pure replicata dall'art. 2, comma 1, del d.P.R. n. 184 del 2006]; (c) 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.

Orbene, come pure chiarito dall'A.P.^[28], 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. Più in particolare, la legge ha proceduto a selezionare, tra i canoni ermeneutici in astratto possibili, quelli della immediatezza, della concretezza e dell'attualità [art. 22, comma 1, lettera d), cit.], in modo tale da ancorare il giudizio sull'interesse legittimante a due parametri fissi, rigidi e predeterminati quanto al loro contenuto obiettivo. La "corrispondenza", in buona

sostanza, circoscrive esattamente l'interesse all'accesso agli atti in senso, per l'appunto, "corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata".

In sintesi, dunque, l'unico interesse legittimante all'accesso difensivo sarà quello che corrisponderà in modo diretto, concreto ed attuale alla cura o anche difesa in giudizio di tali predeterminate fattispecie, in chiave strettamente difensiva. Tale ultimo aspetto, più in particolare, è chiarito dal secondo dei parametri al quale si è fatto cenno, e cioè quello riguardante il c.d. "collegamento". Il legislatore ha, infatti, ulteriormente circoscritto l'oggetto della situazione legittimante l'accesso difensivo rispetto all'accesso "ordinario", esigendo che la stessa, oltre a corrispondere al contenuto dell'astratto paradigma legale, sia anche collegata al documento al quale è chiesto l'accesso [art. 24, comma 7, della l. n. 241 cit.], in modo tale da evidenziare in maniera diretta ed inequivoca il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l'ostensione, e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite. Tale esigenza è soddisfatta, sul piano procedimentale, dal successivo art. 25, comma 2, della l. n. 241 cit., ai sensi del quale la richiesta di accesso ai documenti deve essere debitamente motivata[29]. In questa prospettiva, dunque, non paiono sufficienti generici riferimenti a "esigenze probatorie e difensive", siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché - come detto - l'ostensione del documento passa attraverso un rigoroso vaglio circa l'appena descritto nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale controversa; ciò, peraltro, senza dimenticare (*rectius* adombrare) il bilanciamento tra interesse all'accesso difensivo dell'istante e la tutela della riservatezza del controinteressato[30]. Proprio 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, 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")[31], 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. È chiaro, quindi, che il collegamento tra la situazione legittimante e la documentazione richiesta impone un'attenta analisi della motivazione che la P.A. ha adottato nel provvedimento con cui ha accolto o, viceversa, respinto l'istanza di accesso. Soltanto attraverso l'esame di questa motivazione è infatti possibile 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.

In tale contesto, la P.A. detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono svolgere alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato[32], 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[33].

Tanto è confermato dal fatto che, come anche evidenziato dall'Adunanza Plenaria[34], 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. Se l'istanza di accesso sia poi motivata unicamente, ai sensi dell'art. 25, comma 2, della l. n. 241 cit., 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 P.A. 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 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. 241/1990). In sintesi, quindi, l'accesso difensivo ha una sua identità caratteristica, pure prevalente sulla tutela della riservatezza, che tuttavia richiede una motivazione dell'istanza di accesso che ne dimostri la "necessità" per la cura di un interesse giuridico protetto. Al cospetto di un tale accesso, la P.A. è chiamata, con certosa attenzione, a valutare - per consentire o meno l'ostensione dell'atto - il legame tra gli atti oggetto di accesso e la possibilità di una tutela giurisdizionale, senza però giudizi prognostici sull'effettiva utilità rispetto alla tutela del bene della vita^[35].

Applicando al caso di specie le coordinate interpretative sopra richiamate, dunque, il Consiglio di Stato, pure ricalcando i principi espressi dall'Adunanza Plenaria sul punto, ha evidenziato che, innanzitutto, l'istanza di accesso agli atti formulata dalla società ricorrente in primo grado «non è un'istanza di accesso civico, ma di accesso difensivo, volto all'ostensione di atti relativi a rapporti contrattuali tra essa ricorrente e l'amministrazione». In particolare, il Collegio ha desunto la finalità difensiva, peraltro dichiarata nella stessa istanza e nella corrispondenza che ne è seguita con l'amministrazione, dalla necessità dell'appellante di valutare la proposizione di azioni giudiziarie per il pagamento delle somme asseritamente dovute dalla S.A. a titolo di ritardo nel pagamento di forniture. Ebbene, a fronte di tale specifica individuazione e della presenza di un interesse difensivo in capo all'istante, l'amministrazione ha, quindi, l'obbligo di procedere all'ostensione, non assumendo rilievo «nemmeno la possibile prescrizione dei diritti di credito per la cui difesa in giudizio l'istante chiede l'ostensione», e ciò in quanto «anche a prescindere dal rilievo che la prescrizione paralizza il credito solo se eccepita in giudizio e può essere oggetto di atti interruttivi, la fondatezza dell'eventuale futura iniziativa giudiziaria non può essere sindacata dalla pubblica amministrazione e, conseguentemente, dal giudice dell'accesso»^[36].

3.1. segue: l'accesso difensivo post Adunanza Plenaria n. 4/2021: quali scenari?

Come evidenziato in premessa, la sentenza del Consiglio di Stato in commento si innesta su un sentiero giurisprudenziale lineare (*rectius* conforme) rispetto all'interpretazione fornita dall'Adunanza Plenaria sull'accesso defensionale. Muovendo le mosse dall'A.P. sopra citata, è possibile quindi sostenere che l'istituto dell'accesso amministrativo non si "appiattisce" sulla sola prospettiva della partecipazione, dell'imparzialità e della trasparenza, ma che esistono, all'interno della fattispecie giuridica generale dell'accesso, due anime che vi convivono, dando luogo a due fattispecie particolari, di cui una (e cioè quella relativa all'accesso "difensivo") può addirittura operare quale eccezione al catalogo di esclusioni previste per l'altra (l'accesso "partecipativo"), salvi gli opportuni temperamenti in sede di

bilanciamento in concreto dei contrapposti interessi^[37]. A tal proposito, si può, quindi, rilevare, in primo luogo, come l'accesso difensivo sia costruito come una fattispecie ostensiva autonoma, caratterizzata (dal lato attivo) da una *vis* espansiva capace di superare le ordinarie preclusioni che si frappongono alla conoscenza degli atti amministrativi; e connotata (sul piano degli oneri) da una stringente limitazione, ossia quella di dovere dimostrare la necessità della conoscenza dell'atto o la sua stretta indispensabilità, nei casi in cui l'accesso riguarda dati sensibili o giudiziari. In secondo luogo, la conoscenza dell'atto non è destinata a consentire al privato di partecipare all'esercizio del pubblico potere in senso "civilmente" più responsabile, ossia per contribuire a rendere l'esercizio del potere condiviso, trasparente e imparziale, ma rappresenta il tramite per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici^[38].

Conseguentemente, da quanto sopra emerge una disciplina dell'accesso difensivo nel senso di esigere la sussistenza del solo nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici^[39] e di ricomprendere, tra i destinatari, tutti i soggetti privati, ivi compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, senza alcuna ulteriore esclusione, circoscrivendo le qualità dell'interesse legittimante a quelle ipotesi che garantiscono la piena corrispondenza tra la situazione (sostanziale) giuridicamente tutelata ed i fatti (principali e secondari) di cui la stessa fattispecie si compone^[40]. L'interesse all'accesso difensivo, quindi, laddove sia stato dimostrato il "nesso di necessità" (e non anche di "indispensabilità", che concerne solo i documenti che recano al loro interno dati sensibili e giudiziari, nella scelta espressiva ancora presente nell'art. 24, comma 7, secondo periodo, l. n. 241/1990) tra i documenti richiesti e la potenziale utilizzazione degli stessi nell'ambito di un giudizio ovvero per garantire la tutela della posizione soggettiva dell'accedente, è dimostrato (e comprovato) dalla attinenza dei documenti richiesti con la tutelabilità potenziale, all'esito di una verifica *ex ante*, della posizione soggettiva rispetto alla quale l'interessato intende chiedere tutela^[41]. All'accedente deve imporsi, quindi, al fine dell'ottenimento della documentazione, di dimostrare la "necessità" della richiesta di acquisizione dei documenti, ma certamente non anche la dimostrazione della effettiva detenzione del documento in capo alla P.A. nel momento in cui la richiesta è formulata, atteso che spetta all'amministrazione di assumersi la responsabilità di dichiarare formalmente ed espressamente l'eventuale assenza dei documenti oggetto di accesso presso i propri archivi o banche dati cartacee o digitali^[42]. Come pure evidenziato in via pretoria^[43], peraltro, la riconducibilità del documento alle ipotesi normate dall'art. 24, comma 1 della l. n. 241/1990 deve ritenersi da sé sola insufficiente per negare l'ostensione, dal momento che quando l'accesso viene esercitato con finalità difensive l'esclusione non è sempre assoluta, ma è solo "tendenziale", tanto più se l'istante ha dato prova del fatto che la necessità di difendere i propri interessi non deriva da una lesione connessa alla possibile adozione dell'atto finale e non è neppure connotata da profili di carattere pubblicistico connessi all'esercizio del potere pubblico, ma è collegata a un giudizio nel quale i rapporti intercorrenti tra le parti assumono un autonomo rilievo. In sintesi, dunque, l'accoglimento dell'istanza di accesso agli atti non rende il dato acquisito liberamente trattabile dal soggetto richiedente, il quale, viceversa, è rigorosamente tenuto a trattare e a utilizzare tale dato per le sole finalità difensive per le quali ne ha chiesto l'ostensione, pena il rischio di incorrere nelle sanzioni amministrative ed, eventualmente, anche penali (a seconda della condotta illecita) previste per il trattamento illegittimo dei dati personali riservati^[44] e fatta altresì salva la riconducibilità dell'illecito trattamento alla responsabilità di cui all'art. 2043 c.c. Si prospetta, quindi (pure in via pretoria^[45]), il totale riconoscimento - e sdoganamento - delle peculiarità e dell'autonoma valenza dell'accesso difensivo, che richiede certo un interesse diretto, concreto ed attuale collegato all'ostensione dell'atto, ma senza che la P.A. possa addurre giudizi prognostici

sull'utilità di tale atto nel processo instaurato o da avviare^[46]. Circostanza, da ultimo, confermata (recentemente) pure dalla Sesta sezione del Consiglio di Stato^[47], laddove, nel sintetizzare le coordinate interpretative dell'Adunanza Plenaria, chiarisce, in definitiva, come l'accesso difensivo presupponesse: a) la sussistenza del solo nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici; b) la verifica della sussistenza di un interesse legittimante, dotato delle caratteristiche della immediatezza, della concretezza e dell'attualità. La sussistenza di un nesso di necessaria strumentalità impone, quindi, al richiedente di motivare la propria richiesta di accesso, rappresentando in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione elementi che consentano all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta *sub specie* di astratta pertinenza con la situazione "finale" controversa.

4. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra esposto, si evince come l'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi dell'art. 22 e ss. della l. n. 241/1990, è oramai fortemente caratterizzato dal principio della massima ostensione, salve le limitazioni giustificate dalla necessità di contemperare il suddetto interesse con altri interessi meritevoli di tutela (si veda in particolare l'art. 24, comma 7, l. n. 241 cit.). A tal riguardo, va, quindi, accolta una nozione ampia di "strumentalità" del diritto di accesso, nel senso della 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, ammettendo - quindi - che la richiamata "strumentalità" va intesa in senso ampio in termini di utilità per la difesa di un interesse giuridicamente rilevante. A tal fine, come pure evidenziato in via pretoria, il legame tra la finalità dichiarata e il documento richiesto è rimessa alla valutazione della P.A., in sede di amministrazione attiva e del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva. Valutazione che, come detto, va effettuata in astratto, senza apprezzamenti diretti (e indebiti) sulla documentazione richiesta. L'accesso, in tal senso, assume, quindi, una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale, ma anche dall'eventuale infondatezza o inammissibilità della domanda giudiziale che il richiedente, una volta conosciuti gli atti in questione, potrebbe proporre. Ed infatti, il diritto di accesso ai documenti amministrativi costituisce un principio generale dell'ordinamento giuridico, il quale si colloca in un sistema ispirato al contemperamento delle esigenze di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa con i principi di partecipazione e di concreta conoscibilità della funzione pubblica da parte dell'amministrato, basato sul riconoscimento del principio di pubblicità dei documenti amministrativi. In quest'ottica, il collegamento tra l'interesse giuridicamente rilevante del soggetto che richiede l'accesso e la documentazione oggetto della relativa istanza non può che essere inteso in senso ampio, posto che la documentazione richiesta deve essere, genericamente, mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante, e non strumento di prova diretta della lesione di tale interesse. Sul punto, sono doverose almeno due considerazioni:

(i) la prima, muove dal dato normativo. L'art. 24, settimo comma, della l. n. 241 cit. è cristallino nel prevedere che "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". In buona sostanza, se l'interesse alla conoscenza del documento è "strumentale" all'esigenza di protezione di una situazione giuridica soggettiva individuale, la

disposizione normativa *de qua* - di fatto “sovraordinata” - non lascerebbe dubbi circa la sua portata applicativa immediata, sintetizzabile in questi termini: (a) in generale, nessun bilanciamento degli interessi da parte dell’amministrazione sarebbe necessario - o potrebbe, pure in astratto, essere esperito - in quanto effettuato, già a monte (in termini di regola di composizione del conflitto), dal legislatore[48]; (b) le possibilità in cui, effettivamente, un bilanciamento (*rectius* una situazione discrezionalmente apprezzabile) da parte della P.A. parrebbe possibile è limitata dal legislatore stesso a quei casi in cui si contrapponga un interesse “di pari rango”[49];

(ii) la seconda, è di ordine sistematico. Come evidenziato nei paragrafi precedenti, chiarito lo spettro di azione dei diversi accessi (procedimentale e civico, nelle sue declinazioni), ed evidenziato come il secondo assolve pure pienamente alle “curiosità civiche” dei richiedenti, l’accesso defensionale assurge, di fatto, a ipotesi tipica della l. n. 241/1990, nelle sue - tutte - peculiarità già sopra evidenziate[50].

Orbene, volgendo nuovamente lo sguardo verso le osservazioni preliminari in *incipit*, si è detto come la legittimazione all’accesso non può essere valutata facendo riferimento alla fondatezza della pretesa sostanziale sottostante, ma ha consistenza autonoma (strumentale all’esercizio del diritto di difesa in giudizio, sebbene si possa prescindere dalla pendenza attuale di una causa), mentre residuerebbe all’amministrazione il vaglio sul nesso di strumentalità della richiesta rispetto alle esigenze ad essa sottese[51]. Su quest’ultimo aspetto, tuttavia, pare doveroso evidenziare - peraltro proprio in virtù delle considerazioni di cui ai punti (i) e (ii) sopra esposti - che il “vaglio” su tale nesso potrebbe essere addirittura del tutto escluso, dal momento che, come detto, il giudizio di prevalenza è effettuato direttamente dalla legge a favore dell’interesse alla conoscenza, senza lasciare margini, di fatto, ad alcun intervento valutativo da parte della P.A. (nemmeno sulla necessaria strumentalità della conoscenza per la difesa giudiziale della situazione soggettiva), salvo i casi degli interessi c.d. “super sensibili” (*i.e.* dati relativi alla salute, alla vita o all’orientamento sessuale)[52].

In sintesi, quindi, l’accesso ai documenti va consentito anche quando la relativa istanza è preordinata alla loro utilizzazione in un giudizio, senza che sia possibile operare alcun apprezzamento in ordine all’ammissibilità ovvero alla fondatezza della domanda o della censura che sia stata proposta o che si intenda proporre, la cui valutazione spetta soltanto al giudice chiamato a decidere[53], salvo il caso - non privo di mende, come sopra detto, ma anzi potenzialmente rubricabile come del tutto irragionevole[54] - 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. 241/1990. Sul punto, l’Adunanza plenaria n. 4/2021 si sofferma, *inter alia*, proprio sulla rilevanza della motivazione dell’istanza di accesso procedimentale, che deve dimostrare la necessità dell’atto per la tutela del diritto, lasciando così, di fatto, all’amministrazione e al giudice un ampio margine di valutazione tra opposti interessi[55]; con ciò confermando, quindi, un approccio “ingessato” (*rectius* parziale) alla questione, quantomeno sul profilo della valutazione da parte della P.A. del nesso di strumentalità della richiesta, come detto pure censurabile in virtù del tenore normativo di riferimento (art. 24, comma 7, cit.) che, in ogni caso, sembrerebbe non militare nel senso di una “traslazione” della valutazione discrezionale della P.A. dal bilanciamento degli interessi a quello, diverso ma concorrente, della effettiva necessaria strumentalità della conoscenza per la difesa in giudizio della situazione soggettiva. In buona sostanza, la motivazione dell’istanza di accesso - “rilevante” e qualificata dall’A.P. come “necessaria” - tutt’al più

potrebbe consistere (*in medio stat virtus*) in una mera prospettazione delle ragioni che rendono la documentazione oggetto dell'accesso necessaria a tutela della posizione giuridica tutelanda^[56] (diversamente opinando, potrebbe sorgere il rischio di chiedere all'istante pure una *probatio diabolica* in termini di utilità).

In conclusione, al di là dell'intervento nomofilattico dell'A.P. - e della conseguente "stabilizzazione" delle regole, quantomeno sul fronte giurisprudenziale - permangono ancora diversi dubbi circa la legittimazione nei vari tipi di accesso^[57] o sul potere dell'amministrazione di valutare l'istanza di ostensione dell'atto: perplessità che, allo stato, restano sullo sfondo dell'affidamento sui "nuovi" principi interpretativi.

[1] T.A.R. Abruzzo, sez. I, 22 aprile 2021, n. 214 in *giustizia-amministrativa.it*.

[2] Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4, in *giustizia-amministrativa.it*. Sul punto, si rinvia, *amplius*, ai recenti scritti riuniti nel fascicolo a cura di V. Parisio, *I diritti di accesso davanti al giudice amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, 1, 199 ss., *passim*.

[3] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2018, n. 6444, in *Foro amm.*, 2018, 11, 1953 ss., ove si legge che «a fronte della chiara indicazione – così come formulata dalla parte istante – sia della documentazione richiesta sia delle esigenze connesse all'esercizio del diritto di accesso ex art. 24 comma 7 cit., oltre che coerente coi termini indicati dalla giurisprudenza sovranazionale sopra esaminata, all'Amministrazione non è consentito andare oltre una valutazione circa l'esistenza della situazione soggettiva da tutelare e di una concreta necessità di tutela, non potendo la stessa apprezzare nel merito la fondatezza della pretesa o le strategie difensive dell'interessato»; Id., sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 461, in *Dir. e Giust.*, 2014.

[4] Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2472, in *Red. Giuffrè*, 2014. In termini, Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1568, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 3, 801 ss.

[5] Sul punto, v. T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 20 marzo 2020, n. 533, in *Foro amm.*, 2020, 3, 449 ss. ove si chiarisce che «non compete all'Amministrazione effettuare una valutazione circa l'effettiva utilità degli atti richiesti, dovendo quest'ultima limitarsi a verificare l'attinenza tra tale documentazione e l'interesse che l'istanza intende tutelare. Allo stesso modo, il giudice amministrativo non può spingersi, in sede processuale, a verificare in che modo la parte intenda utilizzare nel processo civile la documentazione oggetto dell'istanza di accesso, rimanendo tale profilo riservato alla valutazione del titolare dell'interesse, unico soggetto competente a definire le proprie strategie di difesa».

[6] L'accesso, inteso nella sua dimensione generale, è una *species* del più ampio *genus* della trasparenza. Come evidenziato in dottrina (M.A. Sandulli), non sono figure coincidenti, in quanto la trasparenza rispetto all'accesso documentale, ha un ambito applicativo più ampio, perché riguarda l'organizzazione amministrativa in generale e non solo il procedimento amministrativo.

[7] A. Simonati, *Gli accessi "a contenuto generale" e la trasparenza amministrativa*, in V. Parisio (a cura di), *I diritti di accesso davanti al giudice amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, 1, 201 ss. e l'amplia bibliografia ivi richiamata. Si veda anche A. Simonati, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. Amm.*, 2018, 311-336, ove l'Autrice rileva che la tendenza a considerare i diritti di accesso quali istituti "totemici" della trasparenza amministrativa è diffusa non solo nella dottrina italiana, ma anche in quella straniera; Id., *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. Amm.*, 2013, 749-788; F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 743 ss.; V. Parisio, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 2018, 11.

[8] In particolare: (i) il diritto di accesso documentale o informativo, disciplinato dal Capo V della l. n. 241/1990 qui in esame e che ha per oggetto i documenti amministrativi nei confronti dei quali l'istante ha un interesse diretto, concreto e attuale (ii) il diritto di accesso "partecipativo", esercitabile solo nel corso di un procedimento amministrativo disciplinato dall'art. 10 della l. n. 241 cit. in quanto consiste nel diritto dei soggetti destinatari della comunicazione dell'avvio del procedimento di prendere visione degli atti del procedimento al fine di presentare memorie e documenti all'interno del procedimento stesso; (iii) il diritto di accesso civico "semplice", previsto dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, che obbliga le P.A., in forza della specifica normativa vigente, a rendere pubblici documenti, informazioni e dati a prescindere da un'apposita istanza di accesso; (iv) il diritto di accesso "generalizzato", introdotto dall'art. 5, comma 2, del

d.lgs. n. 33/2013 cit., avente ad oggetto tutti quei dati e documenti detenuti dalla pubblica amministrazione per i quali non sussiste uno specifico obbligo di pubblicazione. In dottrina, A. Simonati, M. Calabrò, *L'accesso dei privati alle informazioni e agli atti amministrativi: la multiforme applicazione del principio di trasparenza*, in F. Astone, M. Calderara, F. Mangano, F. Saitta, N. Saitta, A. Tigano (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, 2513 ss.; A. Simonati, *L'accesso alle informazioni ambientali nell'ordinamento italiano: fra trasparenza amministrativa e deflazione del contenzioso*, in M. Passalacqua, B. Pozzo (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei brownfields. Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, Torino, 2020, 549-569; I.A. Nicotra, *Dall'accesso generalizzato in materia ambientale al "Freedom of information act"*, in *federalismi.it*, 2018, 1-21; G. Pizzanelli, *Il contributo dell'accesso alle informazioni ambientali alla tutela del patrimonio pubblico*, in *Nuove Autonomie*, 2020, 71 ss.; A. Paiano, *I casi speciali di accesso: le interazioni con l'accesso civico generalizzato*, in *federalismi.it*, 2020, 4, 146 ss. e V. Varone, *La trasparenza fuori dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 tra giungla disordinata e universi paralleli*, in *federalismi.it*, 2021, 11, 253 ss.

[9] Più in generale, il diritto di accesso costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di «favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza (art. 22, comma 2, l. n. 241/90), afferente a livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione (art. 29, comma 2 bis, l. n. 241/90)» (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 23 dicembre 2019, n. 2716, in *giustizia-amministrativa.it*). La dottrina sul diritto di accesso è sterminata: si vedano, *ex plurimis*, V. Parisio, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 2018, 11; Id., *Il diniego di accesso ai documenti amministrativi nella normativa di attuazione della l. 7 agosto 1990 n. 241 prima indicazioni*, in *Giust. civ.*, 1995, 6, 305 ss.; M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2000, 1; F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia*

effettiva e non una mera declamazione retorica, in *federalismi.it*, 2019; E. Carloni, *La «casa di vetro» e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pub.*, 2009, 3, 779 ss.; M. Clarich, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 3, 43 ss.; R. Maramma, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416 ss.; F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *federalismi.it*, 2013, 8; A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Riv. giust. civ.*, 2015, 2, 213-246; F. Mangano, *L'evoluzione sul principio di trasparenza amministrativa*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012. Sia consentito pure il richiamo a G. Delle Cave, *Il diritto di accesso alla luce delle - più recenti - pronunce dei Tribunali Amministrativi Regionali della Lombardia*, in V. Parisio (a cura di), *I diritti di accesso davanti al giudice amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, 1, 231 ss. e bibliografia ivi indicata.

[10] *Ex aliis*, Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2007, n. 55, in *Foro Amm.-C.d.S.*, 2007, 1, 122 ss., ove si specifica che «l'interesse all'accesso ai documenti va valutato in astratto, senza che possa essere operata, con riferimento al caso specifico, alcun apprezzamento in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale che gli interessati potrebbero eventualmente proporre sulla base dei documenti acquisiti mediante l'accesso e quindi la legittimazione all'accesso non può essere valutata alla stessa stregua di una legittimazione alla pretesa sostanziale sottostante». Sul punto, si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1896, in *Foro Amm.-C.d.S.*, 2005, 4, 1178 ss.; Id., sez. V, 07 settembre 2004, n. 5873, in *Dir. e Giust.*, 2004, 36, 71 ss.; Id., sez. VI, 22 ottobre 2002, n. 5814, in *Foro Amm.-C.d.S.*, 2002, 4, 2572 ss.

[11] Si veda la prevalenza dell'accesso c.d. "difensivo", di cui all'art. 24, comma 7, l. n. 241/1990, sulle ipotesi di esclusione concernenti la necessità di tutela della riservatezza di terzi. Per un approfondimento sull'interpretazione dell'art. 24, comma 7, citato: Cons. Stato, Sez. VI, 07 febbraio 2014, n. 600, in *giustizia-amministrativa.it*, per cui: «L'eccezione del secondo periodo si occupa solo dei dati personali sensibili e sensibilissimi (coperti dal c.d. nocciolo duro del diritto alla riservatezza) sul presupposto, non esplicitato ma comunque evidente, che la regola del primo periodo valga, a sua volta, solo per i documenti che contengono dati personali (e non per qualsiasi ipotesi di esclusione dal diritto di accesso)». A proposito della prevalenza dell'accesso c.d. "difensivo", *ex multis*: T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 06 marzo 2020, n. 446, in *giustizia-amministrativa.it*, relativa all'accesso al dato consistente in una utenza telefonica; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 20 marzo 2020, n. 533, in *Foro Amm.-T.A.R.*, 2020, 3, 449 ss., in tema di accesso alla documentazione finanziaria, economica e patrimoniale detenuta dall'Agenzia delle Entrate, nonché, sempre in tema, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 26 settembre 2018, n. 2151, in *giustizia-amministrativa.it*.

[12] Si tratta quindi di un interesse: (i) diretto, cioè correlato alla sfera individuale e personale del soggetto richiedente, dovendosi con ciò escludere una legittimazione generale, indifferenziata ed inqualificata, che darebbe la stura ad una sorta di azione popolare; (ii) concreto, e quindi specificamente finalizzato, in prospettiva conoscitiva, alla acquisizione di dati ed informazioni rilevanti ed anche solo potenzialmente utili nella vita di relazione, palesandosi immeritevole di tutela la curiosità fine a se stessa, insufficiente un astratto e generico anelito al controllo di legalità, precluso un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni; (iii) attuale, cioè non meramente prospettico od eventuale, avuto riguardo alla attitudine della auspicata acquisizione informativa o conoscitiva ad incidere, anche in termini di concreta potenzialità, sulle personali scelte esistenziali o relazionali e sulla acquisizione, conservazione o gestione di rilevanti beni della vita; (iv) strumentale, avuto riguardo sia, sul piano soggettivo, alla necessaria correlazione con situazioni soggettive meritevoli di protezione alla luce dei vigenti valori ordinamentali, sia, sul piano oggettivo, alla specifica connessione con il documento materialmente idoneo a veicolare le informazioni. Sul punto, F. Gaverini, *Accesso (e accessi) ai documenti amministrativi: linea-guida per le p.a. a garanzia del diritto alla privacy*, in *Il Foro amm.-TAR*, 2005, 7, 2283 ss.; S. Tenca, *Diritto di accesso e tutela della privacy*, in *Il Foro amm.*, 2000, 7, 2938 ss.

[13] Si veda T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 17 marzo 2020, n. 510, in *giustizia-amministrativa.it*, ove si chiarisce, tra l'altro, che tali conclusioni non «mutano per effetto della nuova disciplina in tema di accesso civico, in cui la posizione sostanziale tutelata è comunque altra rispetto al mero interesse o diritto alla informazione o trasparenza, concretandosi nello status di cittadino e nel correlato interesse, di “valenza metaindividuale” al controllo sull'utilizzo delle risorse pubbliche e alla partecipazione al dibattito pubblico»; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 14 dicembre 2019, n. 2672, in *giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 27 agosto 2018, n. 2024, in *Foro Amm.-T.A.R.*, 2018, 12, 2208 ss.

[14] T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. III, 12 aprile 2019, n. 347, in *giustizia-amministrativa.it*.

[15] Il soggetto richiedente deve poter vantare un interesse che, oltre ad essere non emulativo, rivesta carattere personale e concreto, ossia ricollegabile alla persona dell'istante da uno specifico rapporto, dimostrando che, in virtù del proficuo esercizio del diritto di accesso agli atti e/o documenti amministrativi, verrà inequivocabilmente a trovarsi titolare di poteri di natura procedimentale, volti in senso strumentale alla tutela di altri interessi giuridicamente rilevanti. Si veda, in particolare, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 20 settembre 2019, n. 828, in *giustizia-amministrativa.it*.

[16] Per completezza, si evidenzia pure che l'istanza di accesso agli atti deve avere a oggetto una specifica documentazione in possesso dell'Amministrazione (indicata in modo sufficientemente preciso e circoscritto) e non può riguardare dati e informazioni generiche relativi a un complesso non individuato di atti di cui non si conosce neppure con certezza la consistenza, il contenuto e finanche l'effettiva sussistenza, assumendo pertanto un sostanziale carattere meramente esplorativo (così, da ultimo, T.R.G.A. Trentino - Alto Adige Trento, 20 novembre 2020, n. 195 in *giustizia-amministrativa.it*). E, invero, la disciplina della l. n. 241 del 1990 non può essere invocata allorché l'interessato non chieda all'amministrazione di esibire documenti di cui sia certa l'esistenza, ma piuttosto di provare se determinati atti esistono o meno; cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 04 marzo 2022, n. 1456, in *giustizia-amministrativa.it*.

[17] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2019, n. 2737, in *giustizia-amministrativa.it*.

[18] Come evidenziato in dottrina, detto chiarimento “di campo” si appalesa necessario in quanto «*la confusione, ad esempio, può portare a riferire anche all'accesso civico, e non solo all'accesso procedimentale, l'affermazione per cui il diritto di accesso non si sostanzierebbe in un'azione popolare e neppure potrebbe tradursi in un controllo generalizzato sulla legittimità dell'azione amministrativa, con l'effetto di consentire la introduzione di filtri della più varia natura finalizzati a circoscrivere, comunque sotto il profilo soggettivo, l'interesse ad agire nelle forme dell'accesso civico*» (F. Francario, *Op. cit.*). L'Autore sottolinea come - anche con riferimento all'accesso procedimentale - detta confusione può avere l'effetto di depotenziare l'accesso che sia fondato sull'esigenza di protezione di uno specifico interesse individuale. Ed infatti, «*se viene appiattito sulla tutela riservata all'accesso civico, anche l'accesso procedimentale finisce con il diventare recessivo al cospetto di altri interessi pubblici o privati e il suo soddisfacimento viene fatto dipendere dall'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione cui è rivolta l'istanza, rinunciando a vedere se il bilanciamento con altri interessi sia stato già effettuato a livello normativo a favore dell'interesse alla conoscenza*».

[19] Sulle “convergenze” e le “divergenze” tra gli accessi in esame, si rinvia nel dettaglio a A. Simonati, *Gli accessi “a contenuto generale” e la trasparenza amministrativa*, *Op. cit.* In giurisprudenza, T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, 18 giugno 2020, n. 139; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 13 giugno 2019, n. 1212 in *giustizia-amministrativa.it*.

[20] Questo aspetto coinvolge senza ombra di dubbio l'accesso documentale. Concerne, poi, l'accesso generalizzato, che può essere negato per evitare “un pregiudizio concreto” alla tutela di una serie assai nutrita di interessi pubblici e privati. In giurisprudenza, si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 18 febbraio 2020, n. 2174 in *giustizia-amministrativa.it* ove si specifica che «*nelle disposizioni sui limiti all'accesso generalizzato, la regola della ‘conoscenza diffusa’ dell'attività amministrativa è temperata dalla previsione di alcune eccezioni, ma queste non si devono trasformare in limiti tout court alla trasparenza, dovendo essere calibrati anche alla luce dell'interesse all'accessibilità delle informazioni, dei dati e dei documenti richiesti*»; Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2021, n. 60, Id., sez. IV, 13 maggio 2020, n. 3012, tutte in *giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, M. Filice, *I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Dir. amm.*, 2019, 861 ss.; M. Lipari, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive*, in *federalismi.it*, 2019, 17, 22 ss.; A. Corrado, *Il tramonto dell'accesso generalizzato come “accesso egoistico”*, in *federalismi.it*, 2021.

[21] Per l'accesso civico generalizzato, si veda l'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 33/2013; per l'accesso documentale, il d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184. Per un approfondimento, si veda A. Simonati, *Art. 116*, in F. Cortese, G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, 902 ss. Quanto all'individuazione dei controinteressati all'accesso, come evidenziato dall'Autrice, si tratta comunque dei titolari del diritto alla riservatezza sui dati oggetto dell'istanza. Questa scelta, dapprima introdotta con riferimento all'accesso documentale nella l. n. 241/1990 e poi reiterata nel d. lgs. n. 33/2013 con riferimento all'accesso generalizzato, restringe in parte nel settore specifico il concetto di controinteressato nel procedimento amministrativo, poiché si debbono ritenere controinteressati solo coloro che vedrebbero pregiudicato il loro diritto alla riservatezza in caso di accoglimento della richiesta ostensiva.

[22] Cfr. A. Simonati, *Gli accessi “a contenuto generale” e la trasparenza amministrativa*, *Op. cit.* Il riferimento va, evidentemente, all'accesso parziale e al differimento dell'esercizio dell'accesso, che vanno praticati compatibilmente con i principi di ragionevolezza e proporzionalità. Inoltre, è in parte comune la previsione di strumenti giustiziali, quali il coinvolgimento dei difensori civici, della Commissione per l'accesso e del Garante per il trattamento dei dati personali.

[23] Ciò, peraltro, al precipuo scopo di consentire una pubblicità diffusa ed integrale in rapporto alle finalità esplicitate dall'art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33/2013. In dottrina, si veda anche P. Algeri, *Il diritto di accesso civico alla luce del nuovo «Decreto Trasparenza»*, in *dirittoamministrativo.it*, 2016, ma anche S. Foa, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, 3, 67 e ss.

[24] La diversa natura dei due istituti e i diversi limiti ad essi sottesi è rilevabile anche solo osservando come nel normare l'accesso documentale, l'art. 22 della l. n. 241/90 sottolinei che detto mezzo non può essere utilizzato ai fini di un controllo generalizzato dell'azione amministrativa, mentre il diritto di accesso generalizzato è riconosciuto proprio allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico.

[25] Differenti sono anche le modalità di esercizio del diritto. L'accesso civico si realizza mediante la pubblicazione del documento, del dato o dell'informazione nel sito istituzionale dell'ente, in applicazione del principio “*digital first*”. All'accidente ex l. n. 241/1990, invece, è garantita la possibilità di prendere visione o, a sua scelta, estrarre copia dell'atto che aspira a conoscere.

[26] Tale procedura di tutela amministrativa interna trova radice proprio nell'esigenza di assicurare al cittadino una risposta, chiara e motivata, attraverso uno strumento rapido e non dispendioso, con il coinvolgimento di un soggetto, il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, che svolge un ruolo fondamentale nell'ambito della disciplina di prevenzione della corruzione e nell'attuazione delle relative misure.

[27] Si veda, in argomento, Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2018 n. 651, in *giustizia-amministrativa.it*.

[28] Ad. plen., n. 4/2021, *cit.*

[29] Si veda A. Simonati, M. Calabrò, *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1320 ss. 18.1. La volontà del legislatore, in sintesi, è di esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione (ad es. scambi di corrispondenza; diffide stragiudiziali; in caso di causa già pendente, indicazione sintetica del relativo oggetto e dei fatti oggetto di prova; ecc.), così da permettere all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione “finale” controversa.

[30] Sul punto, l'art. 24 della l. n. 241/1990 prevede: (i) al comma 1, una tendenziale esclusione diretta legale dall'accesso documentale per le ipotesi ivi contemplate; (ii) 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 riguardano 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»; (iii) 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.

[31] Sono “dati sensibili” quelli definiti dall'art. 9 del Regolamento n. 2016/679/UE 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; sono dati “giudiziari” quelli di cui al successivo art. 10 e, cioè, i dati personali relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza. Si definiscono, invece, dati “supersensibili” quelli di cui all'art. 60 del d. lgs. n. 196/2003 (cioè i dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona).

[32] Come evidenziato in dottrina (V. Parisio), anche sul piano strettamente processuale il giudice amministrativo ha dato prova di interpretare al meglio le esigenze di semplificazione e accelerazione poste alla base del rito speciale disciplinato all'art. 116 c.p.a., senza trascurare di evidenziare la natura composita dell'“*actio ad exhibendum*”; quest'ultima, infatti, «nasce come azione di impugnazione, con tutti i relativi caratteri, confluisce in un'azione di accertamento della sussistenza del diritto di accesso e si conclude, in caso positivo, con un ordine di esibizione e/o pubblicazione dei documenti - se così previsto, entro un termine di norma non superiore a trenta giorni - rivolto al soggetto detentore dei documenti stessi».

[33] Per un commento, A. Simonati, *Art. 116*, in G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Milano, 2021, 902 ss.; V. Parisio, *La tutela dei diritti di accesso*, *Op. cit.*; C. Pagliaroli, *Il potere valutativo della P.A. in materia di accesso difensivo: la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4/2021*, in V. Parisio (a cura di), *I diritti di accesso davanti al giudice amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, 1, 219 ss.

[34] Ad. plen., n. 4/2021, *cit.*

[35] In dottrina, F. Manganaro, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria*, *Op. cit.*

[36] Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2022, n. 1342, in *giustizia-amministrativa.it*.

[37] Nondimeno la disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi, siccome regolata dalla l. n. 241/1990 (oramai da inquadrare quale istituto speciale della nuova configurazione della trasparenza dell'azione amministrativa, come precipitato di previsioni eurounitarie quali l'art. 15, comma 1, TFUE che espressamente sancisce il principio in virtù del quale «*al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione alla società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile*») deve coniugarsi con l'attuale interpretazione giurisprudenziale (che costituisce il diritto vivente in materia di accesso documentale), di talché accanto all'interesse di ogni cittadino al buon andamento dell'attività amministrativa deve stagliarsi, nitido, un rapporto di “necessaria strumentalità” tra tale interesse e la documentazione di cui si chiede l'ostensione, in quanto l'interesse all'accesso, seppure attualmente (e, più correttamente) concepito in una ottica di “ampia strumentalità” tra la conoscenza del documento e la tutela della posizione soggettiva vantata (che, peraltro, può manifestarsi caleidoscopicamente in ambiti non sempre giudiziali, ma in ogni altra manifestazione che costituisca, giuridicamente, soddisfazione della posizione vantata dall'accedente), deve pur sempre configurarsi come diretto, concreto, attuale e corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2018, n. 651 in *giustizia-amministrativa.it*).

[38] Così Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2021, n. 8327; Id., 28 maggio 2021, n. 4103 e Id., sez. II, 28 aprile 2021, n. 3426, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[39] Sul piano della logica “difensiva”, il legislatore, in buona sostanza, inserisce all'interno di una norma di natura sostanziale uno strumento di valenza tipicamente processuale, fornendo “azione” alla “pretesa”, anche in senso derogatorio in concreto rispetto ai classici casi di esclusione procedimentale. Ciò, naturalmente, come già illustrato, entro gli stringenti limiti in cui la parte interessata all'ostensione dimostri la necessità (o la stretta indispensabilità per i dati sensibili e giudiziari), la corrispondenza e il collegamento tra la situazione che si assume protetta ed il documento di cui si invoca la conoscenza. Per un approfondimento, Cons. Stato, Ad. plen., 25 settembre 2020, n. 19; Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2022, n. 369, in *giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, F. Manganaro, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *federalismi.it*, 2021, 20, 159 ss.; M. Ricciardo Calderaro, *Diritto d'accesso e acquisizione probatoria processuale (nota a Adunanza plenaria n. 19/2020)*, in *Giustizia Insieme*, 2020.

[40] A ciò si aggiunga (per quanto qui di interesse) che la previsione, nell'ordinamento processualciviltistico, di strumenti di esibizione istruttoria di documenti (anche) amministrativi ai sensi degli artt. 210, 211 e 213 c.p.c., non esclude l'esperibilità dell'accesso documentale difensivo. Infatti, sulla base di una lettura unitaria e integratrice tra le singole discipline, nonché costituzionalmente orientata a garanzia dell'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale da intendere in senso ampio e non ristretto al solo momento processuale, il rapporto tra l'istituto dell'accesso documentale difensivo e i menzionati istituti processualciviltistici non può che essere ricostruito in termini di complementarità delle forme di tutela.

[41] Non essendo necessaria anche la dimostrazione della idoneità dei documenti oggetto di ostensione a rendere possibile una favorevole coltivazione di quel giudizio, da parte del richiedente l'accesso, nel quale detti documenti debbono essere “utilizzati”. Si veda 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*, 2020, 14, 64 ss.; M. Ippolito, *L'ultima frontiera nella trasparenza amministrativa: l'accesso civico nei recenti arresti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 565 ss.

[42] In giurisprudenza, v. Cons. Stato, sez. VI, 28 febbraio 2022, n. 1387, in *giustizia-amministrativa.it*, ove si chiarisce che l'onere della prova anche dell'esistenza dei documenti, rispetto ai quali si esercita il diritto di accesso, incombe sulla parte che agisce in giudizio. Tuttavia una volta indicati puntualmente per categoria i documenti rispetto ai quali è formulata la domanda ostensiva e aver dimostrato che detti documenti, in virtù di obiettive ragioni collegate alle competenze dell'amministrazione, costituiscono ordinariamente patrimonio dell'archivio dell'ente, l'onere della prova può dirsi assolto dalla parte interessato, incombando in capo all'amministrazione il dovere di assumersi la responsabilità di dichiarare la mancata detenzione o custodia dei documenti richiesti.

[43] Così T.A.R. Veneto, sez. I, 01 aprile 2021, n. 427, in *Foro amm.*, 2021, 4, 659. I giudici amministrativi hanno pure precisato che «*risulta parimenti inidoneo a supportare il provvedimento di diniego assunto anche il passaggio motivazionale con cui l'Amministrazione afferma che il nuovo atto di pianificazione in fieri non potrebbe fornire alla parte ricorrente elementi utili per la definizione*»

del contenzioso civile pendente che ha ad oggetto eventi e situazioni passate; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 22 ottobre 2021, n. 427, in *giustizia-amministrativa.it*. Cfr. C. Pagliaroli, *Il potere valutativo della P.A.*, *Op. cit.*

[44] T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 8 maggio 2021, n. 249, in *giustizia-amministrativa.it*. Secondo i giudici amministrativi, l'accesso difensivo non presuppone necessariamente la già avvenuta instaurazione e la pendenza in concreto di un giudizio, attesa la priorità logica della conoscenza degli elementi che occorrono per decidere se instaurare un giudizio e come costruire a tal fine una strategia difensiva.

[45] Si veda anche T.A.R. Roma, sez. II, 13 aprile 2021, n. 4301, in *giustizia-amministrativa.it*, ove si legge che, alla luce dei principi stabiliti dall'Adunanza Plenaria n. 4/2021, «*si deve rilevare che le difese svolte da Roma Capitale circa l'infondatezza della tesi difensiva che la società ricorrente vorrebbe sostenere attraverso l'acquisizione della documentazione di cui chiede l'accesso, sono del tutto ultronee rispetto alle valutazioni che sono rimesse alla discrezionalità della pubblica amministrazione in sede di deliberazione dell'istanza di accesso difensivo*», dovendola P.A. limitarsi a valutare la sussistenza della necessaria strumentalità tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende tutelare, senza svolgere giudizi prognostici sulla fondatezza delle azioni che nella fattispecie l'interessato potrà decidere di intraprendere.

[46] In senso parzialmente difforme, Cons. Stato, sez. VI, 07 marzo 2022 e Id., sez. V, 03 agosto 2021, n. 5712, in *giustizia-amministrativa.it* che ha evidenziato come la natura strumentale dell'accesso difensivo comporta che la necessità del documento vada valutata verificando se esso sia effettivamente il necessario tramite per acquisire la prova «*ex ante*»; a tal fine, quindi, l'istanza dell'interessato deve essere puntuale e specifica e non limitarsi a dedurre un'incertezza soggettiva sulla situazione controversa oppure un generico riferimento a esigenze difensive.

[47] Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2022, n. 2655, in *giustizia-amministrativa.it*.

[48] Sul punto, si rinvia alle ampie riflessioni di F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia*, *Op. cit.*, 18 ss. Secondo l'Autore, sul punto specifico, «*in claris non fit interpretatio*», nel senso che l'utilizzo da parte del legislatore della formula “deve comunque” (art. 24, comma 7, cit.) implica, oltre quanto sopra detto, che «*se l'interesse alla conoscenza non è strumentale ed è espressione di un puro e semplice interesse alla conoscenza, la norma applicabile è recata dal comma sesto, il quale rimette all'amministrazione il bilanciamento dell'interesse alla conoscenza con gli altri interessi contemplati dal medesimo comma sesto*». Viceversa, nel caso del comma 7 sopra richiamato, «*l'Amministrazione non ha più il potere discrezionale di stabilire essa quale sia l'interesse prevalente nel caso concreto*».

[49] Il riferimento è ancora all'art. 24, comma 7, cit., ove si legge che “Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall' articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”.

[50] Cfr. F. Francario, *Ibidem*, in spec. 19, ove si evidenzia come «*la regola è quindi che l'accesso, strumentale [...] al soddisfacimento di un bisogno di tutela proprio di una situazione giuridica soggettiva, prevalga. L'eccezione è che rimanga insoddisfatto*».

[51] Invero l'accesso difensivo e i poteri processuali di acquisizione probatoria, come detto, sono istituti essenzialmente diversi, ponendosi il primo come strumento complementare, e non alternativo, all'acquisizione processuale, da ciò dovendo conseguire che l'accesso non è precluso nel momento in cui il giudice della causa pendente abbia respinto richieste istruttorie con lo stesso contenuto. Il rimedio dell'accesso documentale, tutelabile innanzi al giudice amministrativo, è dunque concorrente e aggiuntivo rispetto agli altri strumenti azionabili presso plessi giurisdizionali di ordine diverso, ed è rafforzativo della protezione dei diritti individuali ai sensi dell'art. 24 Cost. Lo stesso opera, di fatto, su un piano differente rispetto all'azione che può essere promossa in giudizio e prescinde dall'effettivo esperimento di quest'ultima e dal momento in cui la causa viene intentata (sia quest'ultima cioè precedente, concomitante o successiva alla formulazione dell'*actio ad exhibendum*; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 26 settembre 2016, n. 1230, in *giustizia-amministrativa.it*).

[52] Ed infatti, quandanche fossero in discussione documenti che riguardano i casi previsti dall'art. 24, comma 6, della l. n. 241/1990, “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”. In giurisprudenza, T.A.R. Lazio, sez. III, 15 dicembre 2014 n. 12583 e T.A.R. Catania, sez. IV, 27 novembre 2015, n. 2785, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[53] Cons. Stato, sez. II, 28 aprile 2021, n. 3426, in *giustizia-amministrativa.it*. F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso*, *Op. cit.*; G. Tropea, *Forme di tutela giurisdizionale dei diritti d'accesso: bulimia dei regimi, riduzione delle garanzie?*, in *Il Processo*, 2019, 1, 71 ss.; V. Parisio, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi*, *Op. cit.*

[54] L'irragionevolezza, come evidenziato in dottrina (F. Francario, *Op. cit.*), risiederebbe proprio in questo “scivolamento” della valutazione discrezionale dal profilo del bilanciamento degli interessi a quello della effettiva necessaria strumentalità della conoscenza per la difesa giudiziale della situazione soggettiva; e ciò «*sia perché l'art. 24 settimo comma parla non solo di difesa, ma anche semplicemente di cura di un interesse proprio, e i due termini non sono affatto sinonimi sì che la cura possa ritenersi interamente risolta nella difesa; sia perché, anche rimanendo sul piano della sola difesa strettamente intesa con riferimento al momento giudiziale, è parimenti*

28 aprile 2022

irragionevole pretendere di anteporre il momento della costruzione della strategia difensiva a quello della conoscenza degli elementi necessari per la sua elaborazione».

[55] Cfr., recentemente, Cons. Stato, n. 2655/2022 *cit.*

[56] In altri termini, la motivazione non dovrebbe mai spingersi nel senso di offrire elementi per un'indagine da parte dell'amministrazione o del giudice sull'utilità ed efficacia del documento stesso in prospettiva di tutela giurisdizionale.

[57] F. Manganaro, *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 25 ss.; M. Trapani, *Il diritto di accesso generalizzato e l'emergenza: rischi ed opportunità in uno Stato tecnologico*, in *DPCE online*, 2020, 3, 4347 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2489 – 14 ottobre 2022

Concessioni “balneari” e la persistente necessità della pronuncia della Corte di Giustizia

di Ruggiero Dipace

Sommario: 1. Premessa - 2. I problemi sollevati dall’ordinanza e i quesiti sottoposti alla GUCE - 3. L’accertamento dei requisiti dell’interesse transfrontaliero e della scarsità della risorsa - 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La complessa vicenda delle proroghe delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative (di seguito “concessioni balneari”) approda alla Corte di Giustizia dell’Unione europea. Il Tar Puglia, sez. Lecce, con ordinanza 11 maggio 2002, n. 743 ha sottoposto alla Corte alcuni quesiti che riguardano innanzitutto il valore da attribuire alla direttiva 2006/123 (c.d. Bolkestein) e le relative conseguenze sulla possibilità di disapplicare la normativa nazionale sia da parte del giudice sia da parte dell’amministrazione^[1].

Come noto, la questione è stata recentemente sottoposta alla valutazione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con le decisioni 17 e 18 del 20 ottobre 2021, ha affermato in particolare che le norme di proroga automatica delle concessioni sono in contrasto con il diritto europeo stabilendo la loro decadenza una volta spirato il termine individuato dal giudice stesso^[2]. Tali decisioni, però, al di là dell’affermazione della applicabilità del principio della concorrenza in materia, sono state oggetto di critica in relazione al ruolo di “supplenza” che il giudice amministrativo ha svolto in assenza di una normativa chiara e inequivoca. E

invero, le continue proroghe stabilite normativamente hanno creato confusione e incertezze nella loro applicazione da parte 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; altre amministrazioni hanno deciso in senso diametralmente opposto concedendo proroghe in applicazione della disciplina nazionale. Ciò perché è mancata e tutt'ora manca una disciplina attuativa della direttiva Bolkestein atta a dipanare i dubbi interpretativi in un settore certamente strategico per l'economia del nostro Paese. Da ciò deriva che il contenzioso scaturito dalle decisioni ondivaghe delle amministrazioni ha contribuito non poco a rendere complessa la situazione, che non è stata del tutto chiarita dalle decisioni del Consiglio di Stato.

Tale situazione non si è risolta neppure con la legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021) che, lungi dal definire il nuovo sistema di affidamento delle concessioni, si è limitata a delegare il Governo alla revisione della materia^[3].

La persistente incertezza in ordine alla disciplina della materia, soprattutto con riferimento ad alcuni punti come il tema dell'accertamento della scarsità della risorsa e il legittimo affidamento per il concessionario uscente, induce a ritenere che un pronunciamento della Corte di giustizia sia quantomai attuale oltreché opportuno. Ciò anche alla luce del dibattito non solo giuridico ma anche politico sul tema nel quale si confrontano visioni diametralmente opposte che non rende certo l'approdo verso l'applicazione del principio di concorrenza.

2. I problemi sollevati dall'ordinanza e i quesiti sottoposti alla GUCE

L'ordinanza del Tar Lecce pone come prima questione quella dell'ambito di immediata e diretta applicabilità di una direttiva cd *self-executing*. In particolare se, in coerenza con i principi generali di buona fede nei confronti degli amministrati, l'ambito di applicazione si limiti all'effetto verticale e non possa quindi essere invocato dalle Autorità nazionali, responsabili del suo mancato recepimento, in danno degli operatori privati.

Altro problema sollevato dall'ordinanza è se, in assenza di disposizioni specifiche dettagliate, tali da non lasciare residuare alcuna discrezionalità allo Stato membro e tecnicamente idonee a regolare in via diretta e automatica i rapporti tra pubbliche amministrazioni e privati, una direttiva possa imporre la disapplicazione delle disposizioni interne incompatibili con i principi da essa affermati, determinando una situazione di oggettiva incertezza. In particolare, con riferimento alla Direttiva 123/06, l'ordinanza sottolinea che, alla stregua dell'interpretazione autentica desumibile dal § 61 della sentenza *Promoimpresa* e confermata dalla sentenza CGUE, Grande Sezione, del 30 gennaio 2018 sulle cause C-360/15 e C-31/16 (§106) in relazione al “chiaro tenore letterale del *Considerando n. 7*”, essa è una “direttiva di armonizzazione”, che, se prescrive agli Stati membri l'adozione di disposizioni attuative di contenuto specifico e determinato (cd “armonizzazione esaustiva”), non è auto-esecutiva. Ne dà prova anche l'art. 12, della stessa direttiva che, come rimarcato dall'ordinanza, “prescrive l'adozione di una specifica determinata normativa nazionale di attuazione, ipotizzando evidentemente come necessaria e imprescindibile” per dettare “regole uniformi per l'effettuazione delle gare, relative ai requisiti di partecipazione e ai criteri di

aggiudicazione, nonché criteri uniformi di determinazione eventuale ‘indennizzo’ in favore del concessionario uscente”.

Per cui in assenza di una di una tale specifica e dettagliata disciplina, che tenga conto anche della necessaria tutela di interessi pubblici prevalenti su quello della concorrenza, la tesi secondo cui i dirigenti dei singoli comuni - cui le regioni hanno delegato la competenza amministrativa in materia - dovrebbero indiscriminatamente disapplicare la normativa nazionale di proroga e procedere in piena autonomia alla indizione e gestione delle procedure selettive per l'affidamento delle nuove concessioni senza neppure regole di tutela della posizione dei gestori uscenti sarebbe incompatibile con “i principi fondamentali di completezza dell'ordinamento giuridico (così come etero-integrato dal diritto dell'Unione europea) e di certezza del diritto”, nonché con il principio di tutela del legittimo affidamento e con i principi a tutela del diritto di proprietà e del diritto d'impresa.

Peraltro lo stato di incertezza, afferma l'ordinanza, non è stato neppure fugato dalle decisioni dell'Adunanza Plenaria che nonostante la ritenuta immediata applicabilità della direttiva, hanno disposto un differimento degli effetti della sentenza determinando una proroga automatica della scadenza delle concessioni al fine di sollecitare un intervento del legislatore, ritenendo, quindi, necessaria l'approvazione di una normativa nazionale di concreta attuazione della direttiva.

Su questi punti l'ordinanza appare condivisibile.

Innanzitutto, occorre rilevare che la direttiva Bolkestein non contiene specifiche norme riferibili alle concessioni balneari e all'applicazione alle stesse del principio della concorrenza e questo qualunque posizione si voglia prendere sulla natura autoesecutiva o meno della stessa.

Inoltre, nel nostro ordinamento alla direttiva è stata data una formale e parziale esecuzione da parte del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 e tale normativa di recepimento non prevede l'applicazione del principio della concorrenza alle concessioni balneari né tantomeno prevede norme sulle procedure di selezione.

Tali disposizioni attuative specifiche sono vieppiù necessarie allorché si definisca di “armonizzazione” la direttiva.

L'applicazione della direttiva alla fattispecie delle concessioni balneari deriva piuttosto dall'interpretazione fornita dalla sentenza *Promoimpresa*, la quale ha affermato la natura autoesecutiva del solo art. 12 della direttiva stessa^[4]. Ma tale norma impone la gara solo nelle ipotesi in cui le autorizzazioni riguardino risorse limitate e chiaramente rimandano agli Stati membri l'individuazione di una normativa specifica sulle modalità di effettuazione delle procedure di selezione.

Nel nostro ordinamento, quindi, manca una disciplina di attuazione chiara in relazione all'applicazione del principio della concorrenza alle concessioni balneari, una disciplina dei parametri per stabilire la “limitatezza” della risorsa al fine di applicare il disposto dell'art. 12 della direttiva.

Ciò ha comportato un'inammissibile situazione di disorientamento delle pubbliche amministrazioni e, in particolare, dei Comuni ai quali spetta la competenza al rilascio delle concessioni che hanno assunto decisioni spesso contraddittorie generando un contenzioso ingestibile.

3. L'accertamento dei requisiti dell'interesse transfrontaliero e della scarsità della risorsa

L'ordinanza, inoltre, sottopone alla Corte di Giustizia alcuni quesiti riguardanti temi che le stesse decisioni gemelle dell'Adunanza Plenaria non avevano risolto in maniera soddisfacente. Si tratta della verifica del requisito dell'interesse transfrontaliero certo e di quello della limitatezza della risorsa ai fini dell'applicazione del principio dell'evidenza pubblica.

Le decisioni dell'Adunanza Plenaria avevano ritenuto in via generale sussistente il requisito dell'interesse transfrontaliero certo e della scarsità delle risorse prendendo a parametro l'intero territorio nazionale senza svolgere alcun approfondimento istruttorio. Da ciò scaturiva la considerazione della generalizzata limitatezza del numero di autorizzazioni disponibili e, quindi, la necessità di applicare in ogni caso il principio dell'evidenza pubblica.

Il tema delle modalità di verifica dei requisiti dell'interesse transfrontaliero certo e del requisito della limitatezza della risorsa ai fini dell'applicazione del diritto eurounitario appare assolutamente dirimente considerato che nessuna normativa nazionale, né quella di attuazione della direttiva 2006/123 né la recente legge di delega, stabiliscono criteri per l'accertamento della sussistenza di tali requisiti.

È da condividere, quindi, l'ordinanza del Tar allorché ritiene di investire la Corte di giustizia in merito alla corretta interpretazione della direttiva sui punti indicati.

Invero, le decisioni dell'Adunanza Plenaria non sono apparse del tutto convincenti in quanto hanno effettuato analisi generiche.

Infatti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, svolgendo alcune considerazioni generali sul "mercato" delle concessioni demaniali con finalità turistico ricreative, ha specificato che in questi casi a venire in rilievo come strumento di guadagno offerto dalla pubblica amministrazione non è il prezzo di una prestazione, né il diritto di sfruttare economicamente un singolo servizio. Ciò che contraddistingue queste concessioni dagli appalti o dalle concessioni di servizi è che la pubblica amministrazione mette a disposizione dei privati un complesso di beni demaniali che costituiscono uno dei patrimoni naturalistici più attrattivi nel mondo. Per il Consiglio di Stato la potenzialità economica del mercato delle concessioni balneari dimostra che queste non possono essere sottratte al regime della concorrenza e dell'evidenza pubblica in quanto avrebbero un interesse transfrontaliero certo ai sensi dell'articolo 49 del TFUE, che disciplina la libertà di stabilimento nei paesi membri della Unione europea.

Sul punto occorre rilevare che la "presunzione" della sussistenza del requisito dell'interesse transfrontaliero per tutte le ipotesi di concessioni "balneari" deriva da un ragionamento

effettuato in via del tutto astratta dal Consiglio di Stato, frutto anche di una incertezza qualificatoria dell'istituto, che ha equiparato autorizzazioni, concessioni e contratti. E da questa equiparazione ne è discesa l'applicazione del requisito dell'interesse transfrontaliero certo che invece si riferisce prioritariamente all'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni. D'altra parte, l'Adunanza Plenaria, per precisare il concetto di interesse transfrontaliero, prende in esame la giurisprudenza europea sui contratti della pubblica amministrazione.

Ma oltre a questo argomento, il Consiglio di Stato afferma che l'obbligo di evidenza pubblica discende direttamente dall'applicazione dell'articolo 12 della direttiva servizi, che prescinde dall'individuazione dell'interesse transfrontaliero certo e si incentra sul requisito della "limitatezza" della risorsa.

Anche in relazione a tale requisito il Consiglio di Stato percorre una strada non condivisibile. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, il concetto di scarsità deve essere interpretato tenendo conto non solo della quantità del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio. Tali considerazioni, però, vengono effettuate con un riferimento generico a tutto il territorio nazionale allorché si afferma che sussiste il requisito della scarsità della risorsa poiché la maggior parte delle coste sono occupate da stabilimenti balneari. E ciò senza neppure il supporto di dati certi derivanti da una mappatura del territorio nazionale.

Se, però, la valutazione in ordine alla sussistenza di tale requisito è, così come previsto dall'art. 12 della direttiva, presupposto indefettibile per l'indizione di una procedura a evidenza pubblica è evidente che devono essere le singole amministrazioni comunali, che hanno la competenza alla indizione delle gare a stabilire quando nel loro territorio ci si trovi dinanzi a risorse cd "scarse". Non si ritiene possibile, quindi, che la valutazione su tale presupposto venga operata in via generale e "sostitutiva" da parte di una decisione del giudice senza alcun dato tecnico certo.

Questa valutazione, peraltro, non può essere effettuata in via generale e astratta, ma la legge deve indicare alle singole pubbliche amministrazioni quali siano i parametri, anche di tipo tecnico, per operare tale accertamento e quindi decidere se nel territorio comunale debbano essere indette o meno procedure a evidenza pubblica.

4. Considerazioni conclusive

Da quanto esposto si può concludere che sia auspicabile un rapido intervento della Corte di giustizia per avere una interpretazione autentica del diritto UE e nella specie della direttiva 123, dirimendo quindi i numerosi dubbi interpretativi in materia che, come chiaramente affermato dall'ordinanza del Tar, hanno determinato *"lo stato di caos e di assoluta incertezza del diritto connesso all'effetto di esclusione o disapplicazione meramente ostativa risulta devastante"*.

D'altra parte occorre osservare che il tema dell'obbligo di disapplicazione per le pubbliche amministrazioni, così come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, se in via astratta appare soluzione conforme ai principi generali più volte ribaditi dalla giurisprudenza,

è tuttavia nel concreto di difficile attuazione in quanto comporta valutazioni molto spesso caratterizzate da un elevato livello di complessità e opinabilità spesso non alla portata degli uffici tecnici di amministrazioni comunali, in molti casi di piccole dimensioni, per giunta in un contesto in cui non è del tutto sicura la natura autoapplicativa della direttiva servizi. Ciò potrebbe indurre i funzionari pubblici a privilegiare soluzioni chiaramente imposte da norme nazionali (come le proroghe), disinteressandosi del diritto europeo di incerta applicazione per evitare rischi di contenzioso e di responsabilità.

[1] L'ordinanza è resa su un ricorso per l'annullamento degli atti con cui il Comune di Ginosa, in applicazione delle disposizioni di cui alla legge 145/2018 e al d.l. 34/2020, hanno disposto la proroga al 31 dicembre 2033 delle concessioni "balneari" in essere sulle proprie coste. Il ricorso è stato proposto dall'AGCM, ai sensi dell'art. 21 bis della l. 287/1990, per asserita inapplicabilità delle suddette disposizioni di legge in quanto contrastati con gli artt. 49 e 56 TFUE e 12 Direttiva 2006/123/CE.

[2] In relazione alla questione dell'applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica alle concessioni balneari, anche alla luce delle sentenze dell'Adunanza Plenaria 17 e 18 del 2021, la dottrina si è molte volte soffermata; basti richiamare solo alcuni contributi presenti in questa rivista: M.A. Sandulli, *Sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, 2, 2022; F. Francario, *Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0. secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, 1, 2022; E. Zampetti, *Le concessioni balneari dopo le pronunce Ad. Plen. 17 e 18 2021. Definito il giudizio di rinvio innanzi al C.G.A.R.S. (nota a Cgars, 24 gennaio 2022 n. 116)*, 1, 2022; E. Cannizzaro, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen.*, 12, 2021; F. P. Bello, *Primissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, 11, 2021; R. Dipace, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, 7, 2021. Al tema è stato anche dedicato un numero speciale della *Rivista Diritto e Società* n. 3/2021: "La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria", con scritti di M.A. Sandulli, F. Ferraro, G. Morbidelli, M. Gola, R. Dipace, M. Calabrò, E. Lamarque, R. Rolli - D. Sammarro, E. Zampetti, G. Iacovone, M. Ragusa, P. Otranto, B. Caravita di Toritto - G. Carlomagno.

[3] La l. 118/2022 5 agosto 2022 ha delegato il governo a riordinare e semplificare la materia definendo alcuni criteri della nuova disciplina (art. 4). In sintesi, tali criteri attengono alla determinazione dei parametri per l'individuazione delle aree suscettibili di affidamento in concessione; all'affidamento delle concessioni sulla base di procedure selettive, nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e adeguata pubblicità; all'adeguata considerazione degli investimenti, del valore aziendale dell'impresa e dei beni materiali e immateriali, della professionalità acquisita anche da parte di imprese titolari di strutture turistico-ricettive che gestiscono concessioni demaniali, nonché valorizzazione di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori, della protezione dell'ambiente e della salvaguardia del patrimonio culturale; alla definizione di una disciplina uniforme delle procedure selettive di affidamento delle concessioni; all'adeguata considerazione, ai fini della scelta del concessionario, della qualità e delle condizioni del servizio offerto agli utenti; alla valorizzazione e adeguata considerazione dell'esperienza tecnica e professionale già acquisita in relazione all'attività oggetto di concessione, secondo criteri di proporzionalità e di adeguatezza e, comunque, in maniera tale da non precludere l'accesso al settore di nuovi operatori; alla considerazione della posizione dei soggetti che, nei cinque anni antecedenti l'avvio della procedura selettiva, hanno utilizzato una concessione quale prevalente fonte di reddito; alla previsione di clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato nell'attività del concessionario uscente, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e nel quadro della promozione e garanzia degli obiettivi di politica sociale; alla previsione della durata della concessione per un periodo non superiore a quanto necessario per garantire al concessionario l'ammortamento e l'equa remunerazione degli investimenti autorizzati; alla definizione di criteri uniformi per la quantificazione di canoni annui concessori; all'introduzione di una disciplina specifica dei casi in cui sono consentiti l'affidamento da parte del concessionario ad altri soggetti della gestione delle attività, anche secondarie, oggetto della concessione e il subingresso nella concessione stessa; alla definizione di criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante.

[4] 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".

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2404 – 14 luglio 2022

La responsabilità amministrativo-contabile degli avvocati e degli ordini professionali: profili sistematici

di Letterio Donato

Sommario: 1. Premessa - 2. I danni recati dal pubblico dipendente avvocato - 3. I danni recati dall'avvocato libero professionista - 4. Il caso dei danni arrecati dal libero professionista al proprio ordine professionale - 5. Conclusioni.

1. Premessa

Le responsabilità dell'avvocato possono essere di ordine civile, penale e disciplinare.

La responsabilità amministrativo-contabile, in particolare, può essere configurata a certe condizioni, ad essa proprie e peculiari, la cui giurisdizione, ove sia stata promossa la relativa azione dalla Procura, è devoluta alla Corte dei conti, tenuto conto dell'art. 1 c. 1 del Codice di giustizia contabile, d. lgs. n. 174/2016 - secondo cui “*La Corte dei conti ha giurisdizione nei giudizi di conto, di responsabilità amministrativa per danno all'erario e negli altri giudizi in materia di contabilità pubblica*” – e dell'art. 103 c. 2 della Costituzione (“*la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*”^[i]).

La *vexata quaestio* circa i confini della giurisdizione contabile, come noto, ha conosciuto latitudini assai oscillanti, tanto che si è parlato in dottrina di una *vis expansiva* a partire dalla seconda metà degli anni '90, non senza sottolinearne gli eccessi^[ii]. Non a caso, infatti, il legislatore (v. il c.d. “*lodo Bernardo*”^[iii] ed oggi gli interventi del c.d. “*decreto semplificazioni*”^[iv]) è talora intervenuto per evitare il moltiplicarsi delle responsabilità amministrative a vario

titolo, in un continuo alternarsi di stagioni nelle quali la giurisdizione contabile ha conosciuto fortune alterne, anche al di là dei suoi pregi e dei suoi difetti. Non vi è dubbio, infatti, che la “aziendalizzazione”, la “privatizzazione”, l’introduzione di sistemi di valutazione delle *performance*, gli stringenti vincoli di bilancio, la rigidità dei procedimenti di spesa (soprattutto nella materia dei contratti pubblici), uniti al *deficit* dello Stato e delle Regioni, con gravissime ripercussioni sugli enti locali (in questi anni costretti a fare di necessità virtù), tutti riportati – condivisibilmente – ad una (ri)lettura dell’art. 97 della Costituzione (integrato dalla legge costituzionale n. 1/2012), abbiano condotto ad una nuova impostazione dei rapporti tra amministrazioni e tra esse e i cittadini, con particolare rilievo alla materia dei servizi pubblici, vera e propria cartina di tornasole su cui misurare i tratti della democraticità effettiva^[v].

Segnatamente, il principio di buon andamento, in collegato con il vincolo di equilibrio di bilancio, ha assunto una dimensione assiologica ben più significativa e pregnante, ponendosi come clausola in grado di catalizzare le variabili dell’equazione che vede in gioco la legalità e l’efficienza, la trasparenza e l’anticorruzione, persino, in una certa misura, il sindacato diffuso sull’operato delle pubbliche amministrazioni. E se, in passato, tale principio era oscurato dall’imparzialità, tradotta dal giudice amministrativo all’interno dell’eccesso di potere, oggi può affermarsi che esso abbia trovato il suo “giudice naturale”, ossia la Corte dei conti, in un processo di biunivoca rispondenza e valorizzazione, tale che entrambi hanno trovato una nuova e fondamentale collocazione nell’ordinamento^[vi].

L’anzidetta espansione delle ipotesi di illecito in grado di determinare l’inverarsi di fattispecie di responsabilità amministrativa ha investito anche l’ambito dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e professionisti, siano essi medici, avvocati, ingegneri, geologi, architetti o commercialisti.

Le responsabilità da attività professionale discendono essenzialmente dalla inosservanza delle *best practices*, dei protocolli, della diligenza richiesta ad un professionista, ossia ad un soggetto la cui perizia e competenza si presumono una volta “abilitato” all’esercizio della professione stessa e iscritto all’Ordine di appartenenza^[vii].

Quanto detto vale, ovviamente, anche per gli avvocati, relativamente ai quali – come per alcuni altri professionisti - occorre distinguere se del libero foro o alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Se è vero, infatti, che la perizia richiesta ad un avvocato è tendenzialmente la medesima, occorre anche considerare che la responsabilità amministrativo-contabile richiede, seppure in termini latenti, un rapporto di servizio. Sicché, è evidente che questo presupposto sarà rinvenibile nell’avvocato dipendente di una amministrazione, mentre, se del caso, dovrà essere rinvenuto nel caso dell’avvocato libero professionista, incaricato di un certo affare, ma solo a certe condizioni^[viii].

Anticipando un discorso che sarà sviluppato ulteriormente di seguito, basti ricordare come, di recente, la giurisprudenza si sia occupata del tema, pervenendo a fissare alcuni punti fondamentali.

In un caso assai noto quanto recente, è giunta nella sede giurisdizionale contabile una vicenda nella quale un avvocato dell’Inps aveva ommesso, in tesi, di presentare appello avverso una sentenza in presenza di pacifici indirizzi contrari della Corte di cassazione. La rilevanza del caso è legata al fatto che era stata emessa condanna a carico dell’ente di corrispondere quasi

tre milioni per indennità di accompagnamento e per assegno sostitutivo di accompagnatori militari, sicchè il mancato appello era, in tesi, causa efficiente di danno erariale^[ix].

In altro caso esemplificativo, è stata affermata la responsabilità per danni arrecati da liberi professionisti quali componenti del Consiglio dell'Ordine nel conferimento di incarichi professionali ad esperti esterni^[x].

Mentre la responsabilità amministrativo-contabile è di più agevole e pressoché pacifica configurazione per gli avvocati dipendenti di pubbliche amministrazioni, come si vedrà, più complessa è la vicenda quando questa riguardi liberi professionisti.

Tra gli avvocati pubblici dipendenti, peraltro, rientrano gli Avvocati dello Stato, gli avvocati degli enti pubblici, gli addetti agli uffici contenziosi, anche se non avvocati.

In ogni caso, la configurazione della responsabilità professionale deve porsi in linea con la necessaria autonomia dell'avvocato nello svolgimento dell'attività libero professionale^[xi]. L'ampiezza di tale autonomia è, infatti, inversamente proporzionale all'inverarsi di responsabilità colpose (quelle dolose sono escluse dal presente discorso per ovvie ragioni).

Si stima, dunque, di procedere ordinatamente, esaminando le diverse posizioni degli avvocati e le rispettive condizioni di responsabilità.

2. I danni recati dal pubblico dipendente avvocato

Se le responsabilità per danno erariale dei dipendenti pubblici – tra i quali i professionisti legati da un rapporto di servizio, anche occasionale – rientrano senza dubbio nella giurisdizione della Corte dei conti, altro discorso riguarda l'attività difensiva o consultiva.

I legali facenti parte delle avvocature degli enti pubblici sono iscritti nell'apposito elenco speciale annesso all'albo^[xii]. In questo senso depone l'art. 23 della l. n. 247/2012, ai sensi del quale, i professionisti facenti parte di tali uffici interni, finché gli enti “*siano partecipati prevalentemente da enti pubblici*”, hanno garanzia di “*piena indipendenza ed autonomia nella trattazione esclusiva e stabile degli affari legali dell'ente*”. Essi godono di un trattamento “*adeguato alla funzione professionale svolta*”. Nel contratto di lavoro sono garantite “*l'autonomia e l'indipendenza di giudizio intellettuale e tecnica dell'avvocato*”^[xiii]. Sul piano della responsabilità, l'iscrizione nell'elenco speciale dell'albo non li esime dal potere disciplinare del Consiglio dell'Ordine^[xiv].

Discorso differente concerne gli Avvocati e i Procuratori dello Stato, per i quali non è richiesta alcuna iscrizione all'albo professionale ai sensi del t.u. del 1933 che li riguarda. Ma anche per essi, si pongono le medesime questioni, circa possibili profili di responsabilità anzitutto laddove vi sia una cattiva gestione del contenzioso.

A queste due macro-categorie se ne aggiunge una terza, ovvero quella dei dirigenti o funzionari preposti alla difesa dell'ente pur non appartenendo ai ruoli legali dello stesso, in tutti i casi in cui non sia necessaria la difesa tecnica, ossia con il patrocinio di un avvocato. Anche a costoro, nei limiti dell'attività svolta e della perizia richiesta, ovviamente, si estendono possibili profili di responsabilità.

Tutti costoro, in caso di cattiva gestione del contenzioso, laddove ne derivi un danno erariale (diretto o indiretto), possono essere esposti alla giurisdizione della Corte dei conti.

La casistica è la più varia, e discende, per lo più, dal diverso atteggiamento che, a volte, le amministrazioni (*in primis*) e gli stessi professionisti (*in secundis*) assumono nelle difese svolte o nei giudizi promossi o che si è colpevolmente omesso di promuovere.

Il tema è, invero, assai delicato, perché investe non solo la perizia e la professionalità del soggetto, rientrante nelle categorie di cui sopra, ma anche il comportamento delle stesse amministrazioni.

Le ipotesi immaginabili sono numerose, ma, si badi, non devono mai essere interpretate *ex post* investendo i profili della discrezionalità delle amministrazioni pubbliche, le quali possono legittimamente difendere il proprio operato senza il timore di venire dopo investite da responsabilità.

Si pensi, ad esempio, al mancato appello nei confronti di una sentenza che dichiari l'esistenza di *mobbing*, ove l'ente locale – anche questo è un caso reale ed assai diffuso prima della legge Gelli/Bianco nei confronti dei sanitari pubblici dipendenti – invece di appellare (anche su richiesta del diretto interessato che non era parte del giudizio, svoltosi tra il presunto danneggiato e l'Amministrazione), ha transatto la controversia, “scaricando” il danno sul malcapitato dipendente.

Da questo punto di vista, due osservazioni valgono *incidenter tantum*: a) la riconosciuta risarcibilità del danno inferto all'interesse legittimo, come anche le nuove ipotesi di responsabilità (esemplare, il c.d. danno da ritardo), hanno ampliato il novero dei casi di potenziale responsabilità amministrativo-contabile dei dipendenti pubblici, ancorché, occorra dire che il giudice amministrativo pare, in linea di principio, non particolarmente incline ad assumere la fisionomia del giudice da “risarcimento del danno”^[xv] (come, del resto, accade sovente dinanzi al giudice ordinario quando si tratti di disapplicare un provvedimento amministrativo o di far valere vizi che attengano alla sua legittimità); b) l'istruttoria contabile, anche prima della riforma del 2016, si caratterizza per una decisa autonomia, fatta eccezione per gli elementi di fatto accertati soprattutto in sede penale (ma anche in sede amministrativa) dei quali tiene conto, sicché non è affatto detto che una condanna al risarcimento del danno dinanzi al giudice ordinario o amministrativo avrà analogo esito nei confronti del responsabile per danno indiretto. Anzi, la casistica dimostra che non di rado l'esito sarà differente. Infatti, può avvenire che il danno accertato (e corrisposto dalla p.a.) in altre sedi giurisdizionali sia frutto anche di difese non particolarmente attente, mentre il diretto interessato, affidandosi ad un libero professionista e ben conoscendo la vicenda, sovente si difende meglio e consente un accertamento che può portare anche all'assoluzione dall'imputazione.

Il fatto che le amministrazioni, talora, non si difendano al meglio è “strutturale” e forse anche “fisiologico”, al punto che, talora, lo stesso giudice – assumendosi un compito non completamente suo, ma comprensibilissimo – si erge esso stesso a difensore “aggiunto” delle p.a. “sonnacchianti”. Si consideri quanto ciò possa refluire sull'avvocato dell'ente pubblico, in molti casi “sovrastato” dal numero e dall'ampiezza del contenzioso in relazione ad un ufficio di modeste dimensioni ed al cospetto di collaboratori non sempre “rodati” all'agone del libero foro, talora *abituè* di casi seriali, al di fuori dei quali fanno fatica. Non solo. Spesso

– non sempre, non si intende fare di tuttata l'erba un fascio – le amministrazioni, impegnate nell'attività amministrativa ordinaria e negli adempimenti (in molti casi formali e non utili) posti dalla normativa più recente, non sono in grado di fornire tempestivamente la documentazione difensiva più appropriata o di redigere relazioni informative la cui importanza è fondamentale. Quest'ultima ipotesi, in realtà, può riguardare anche il professionista del libero foro incaricato della difesa dell'ente (quando il ricorso alla difesa "esterna" è consentito, beninteso), spesso privo di documentazione e dotato di procura (e deliberazione a stare in giudizio) solo in prossimità dell'udienza.

Analogo problema può investire anche la difesa erariale *par excellence*, ossia l'Avvocatura dello Stato, costituita da professionisti esperti e di altissimo profilo, anch'essi costretti a "scegliere" gli atti difensivi da redigere con più cura (ammesso che la documentazione ed un minimo di relazione giunga loro per tempo), trascurando le Camere di consiglio o "andando a braccio" (gli avvocati del libero foro sanno quanto pericolosa sia questa prassi) per difendere l'ente. In altri casi – si pensi ai giudizi in materia di concorsi pubblici – l'Avvocatura ora si limita a depositare gli atti con una memoria di forma, ora redige atti difensivi di grande spessore.

In termini generali, dunque, parlare di responsabilità dell'avvocato "pubblico" richiede una grande attenzione, rifuggendo dalla ricerca dell'addebito, semplicemente perché la p.a. è risultata soccombente in giudizio, con probabile condanna alle spese. Se nel caso del giudizio di ottemperanza che si traduca in un esborso evitabile – si pensi agli interessi maturati sul credito o alla nomina del Commissario *ad acta* – la responsabilità non è dell'avvocato, ma dell'amministrazione, la proposizione di un appello palesemente infondato o la resistenza meramente tuzioristica costituiscono un *vulnus* alla stessa giurisdizione, impegnando i Tribunali in controversie agevolmente risolvibili in via stragiudiziale. Il tema porterebbe assai lontano e non può qui essere affrontato: basti rammentare come l'uso dei poteri di autotutela, in funzione anche della funzione deflattiva propria della partecipazione al procedimento, abbia ceduto il posto alla (apparentemente più comoda) scelta di lasciare che il contenzioso si svolga, per poi vedere il da farsi^[xvii].

La "crisi" dell'autotutela, d'altro canto, non può considerarsi una novità: il paradosso, semmai, è che essa sia ancora oggi (forse anche in misura maggiore rispetto al passato) direttamente collegata con il *metus* della responsabilità^[xviii]. Si tratta di un paradosso perché il mancato ricorso all'autotutela sovente costituisce, in fin dei conti, un *boomerang* che conduce parimenti (e in condizioni nelle quali è assai più difficile la difesa) dinanzi al giudice contabile, il quale sanziona con particolare vigore le responsabilità omissive piuttosto che quelle commissive. Le prime sono, infatti, legate ad una incapacità di decidere, le seconde possono discendere da errori o sviste che, laddove non particolarmente evidenti – contrassegnate, cioè, da colpa grave, secondo la provvida riforma del 1994 – non dovrebbero portare ad addebito alcuno.

Ciò apre un ulteriore tema, qui solo accennato perché collaterale al tema trattato, ovvero quello della corretta interpretazione della presenza della colpa grave: la Corte dei conti, talora, non ne ha valorizzato l'importanza, "appiattendolo" la colpa grave anche su ipotesi di colpa "lieve", facendo perdere l'effetto voluto dal legislatore, che è quello di sollevare ragionevolmente l'amministratore nel trattare le questioni a lui sottoposte^[xix].

Tutte queste riflessioni convergono nel delineare un quadro composito delle responsabilità dei soggetti di cui si sta parlando, sia in quanto professionisti (esclusi i dirigenti e funzionari

incaricati), sia in quanto dipendenti pubblici. La loro responsabilità – è questo il dato più evidente – non può che discendere da fatti gravi, evidenti omissioni (tra cui è stata fatta rientrare, ad esempio, l'omessa comunicazione di una udienza) o acquiescenze a tesi avversarie chiaramente infondate.

Ovviamente, quanto sopra non vale nel caso in cui l'attività difensiva sia contrassegnata da dolo, fermo restando che la dolosità del comportamento va debitamente accertata e non presunta (come pure talora accade concretamente).

È prassi, ad esempio, l'utilizzo del c.d. "copia e incolla" da parte degli uffici legali (anche dell'Avvocatura di Stato), della proposizione di appelli o di giudizi in Cassazione palesemente infondati fino alla lite temeraria (come nel caso di crediti prescritti), ovvero giudizi che non avrebbero dovuto intraprendersi, talora mediante l'utilizzo di strumenti transattivi e/o conciliativi e dello stesso potere di autotutela (non esercitato correttamente).

Le strategie processuali possono rilevare, ma qui il confine con l'autonomia del legale è labile e quindi occorre estrema attenzione per non sbilanciare la responsabilità oltre la misura della mancata diligenza richiesta.

Altra ipotesi che si verifica in concreto – anche nell'ambito delle difese spiegate da avvocati "esterni" – è quella concernente la "reinterpretazione" delle ragioni per le quali un certo atto sia stato adottato (o non adottato). Ci si chiede, infatti, se il difensore esorbiti dal mandato nella misura in cui tenti di "riannodare" i fili della legittimità dell'operato dell'amministrazione difesa, oltreché con strategie processuali dilatorie, sostanzialmente "correggendo il tiro" rispetto a quanto affermato dall'amministrazione medesima.

In questo caso si aprono due tematiche: una afferente l'attività processuale ed i limiti del mandato di rappresentanza; l'altra concernente la consulenza che (soprattutto) un ufficio legale interno (così come l'Avvocatura dello Stato riguardo alle amministrazioni difese *ope legis*), prima di intraprendere un giudizio o di svolgere una difesa, deve rendere.

Per quanto concerne il primo profilo, spetta anzitutto al giudice verificare la discrasia tra le posizioni dell'ente e quelle difensive "integrative". In ogni caso, si tratta di una prassi che ha forse una sua logica processuale, ma che resta inaccettabile nella misura in cui, invece di tradursi in una consulenza legale nei confronti dell'ente per condurlo a rivedere i propri errori, senza informare l'ente assistito, accetti la difesa, anche laddove temeraria o comunque palesemente priva di argomenti giuridici in linea con gli orientamenti pacifici della giurisprudenza (come della dottrina) in materia.

Tale primo profilo si interseca, a ben guardare, con il secondo, in quanto l'assistenza legale, soprattutto quella erogata dagli uffici interni e dall'Avvocatura dello Stato, non può limitarsi a sostenere le tesi dell'ente – pur palesemente infondate – e/o a tentare surrettiziamente di modificarle in modo da renderle plausibili. Il danno che ne può discendere, in questo caso, è riferibile a colui il quale abbia ommesso di rendere edotta la p.a. assistita degli errori commessi (e dei rischi connessi).

Altro discorso è se quest'ultima perseveri nell'errore: in tal caso, la difesa – non potendo essere abbandonata nel caso di avvocati "interni" – si impegnerà a limitare i danni, anche

attraverso la formulazione di eccezioni in grado di paralizzare la pretesa avversaria (il che è perfettamente legittimo).

Ciò detto, occorre, tuttavia, tenere presente che le controversie in cui è parte una amministrazione pubblica non possono essere equiparate *de plano* alle questioni tra privati: mentre il privato, cioè, è “libero” di assumere su di sé il rischio di liti temerarie – che debbono essere rigidamente sanzionate dall’organo giurisdizionale adito – o, nel caso dell’avvocato, di comportamenti processuali scorretti (quando non fraudolenti), in violazione degli artt. 88 e ss. del c.p.c. e delle stesse norme del codice deontologico forense, la pubblica amministrazione non può consapevolmente perseguire fini diversi da quelli “legali” per ovvie ragioni attinenti alla funzione pubblica che ne connota l’attività.

La responsabilità degli avvocati “pubblici”, anche quando non ci si trovi in presenza di un contenzioso in essere, può discendere dal rilascio di pareri le cui indicazioni siano palesemente errate, abnormi, del tutto incoerenti con i pacifici orientamenti della giurisprudenza e dunque in grado di indirizzare l’ente assistito in una direzione incongrua dalla quale discende direttamente il danno o in termini di esborso o di apertura di un contenzioso. È stato, infatti, correttamente affermato che uno dei parametri attraverso i quali valutare la congruità (e comunque la non abnormità) di un parere *pro veritate* sia la c.d. “*consapevole decisione*” alla quale ogni avvocato, sia esso professionista del libero foro, sia esso avvocato di enti pubblici (o dello Stato), deve soggiacere. Il parere, cioè, può non essere completo e/o esaustivo, ed anche denunciare alcuni limiti di approfondimento senza che da questo possa derivare alcuna responsabilità civile o amministrativa. Il diretto interessato, sia esso l’ente o il privato, ne farà l’uso che crede e, se del caso, seguirà altre strade. Tuttavia, laddove il convincimento dell’ente o del privato sia effettivamente e decisamente “coartato”, “indirizzato inderogabilmente”, “condotto indissolubilmente” ad una soluzione del tutto improvvida ed incongrua, foriera di danni non altrimenti evitabili con l’ordinaria diligenza (e competenza, quando si tratti di uffici dirigenziali), è assai probabile immaginare profili di responsabilità civile, nel caso del privato (salvo quanto appresso si dirà) e amministrativa nel caso di una pubblica amministrazione.

Deve essere chiaro che si tratta di situazioni “limite”, laddove la consulenza abbia prospettato soluzioni certamente errate ed abbia rappresentato con assoluta certezza esiti favorevoli nella soluzione di un certo contenzioso, sia esso potenziale o in essere.

Quando l’avvocato, cioè, si renda conto della assoluta impossibilità di impostare una certa difesa e far valere certe posizioni giuridiche, anche in relazione al suo ruolo di soggetto impegnato nella corretta esplicazione della giurisdizione e della legalità in genere, dovrà suggerire al proprio cliente, compreso l’ente pubblico, un percorso transattivo impegnato nella chiusura stragiudiziale della vicenda sottopostagli.

Qui, però, deve rilevarsi che, pur con interessanti e condivisibili temperamenti, gli orientamenti della Corte dei conti non sono sempre in linea con quanto detto. Le transazioni, anche in ottica di trasparenza e di corretto utilizzo della spesa pubblica, sono spesso viste con sospetto, al punto che le amministrazioni pubbliche addiventano alla stipula di atti transattivi solo ove la controparte rinunci a qualcosa (generalmente gli interessi e la rivalutazione sulla sorte capitale), così da dimostrarne la convenienza, anche quando, ad esempio, vi sarebbe spazio per coltivare l’appello[xix]. È questa una delle ragioni per le quali, pur laddove l’Avvocato suggerisca, anche in sede di consulenza orale, di trovare soluzioni

stragiudiziali, gli enti pubblici sono sovente restii ad agire in tal senso, preferendo un contenzioso incongruo e dispendioso, presumibilmente diluito nel tempo, ad un accordo (compresi quelli previsti dall'art. 11 della l. n. 241/1990^[xx]). Eppure, anche a parità di spesa, l'alternativa consensuale può spesso essere complessivamente più conveniente, consentendo un'azione amministrativa più efficace ed efficiente (si pensi, ad esempio, alle controversie in materia espropriativa, laddove il quadro delineato dalle recenti Adunanze plenarie sull'art. 42 *bis* suggerisce forme di definizione che non attingano alla sfera processuale^[xxi]).

L'Avvocato impegnato ad assistere un ente pubblico, dunque, si trova sovente in una condizione nella quale non gli è agevole esplicitare la propria consulenza ed indirizzare un ente che chiede solo di essere difeso nel migliore dei modi (possibili), ma non intende intervenire attraverso strumenti transattivi (giudiziali o stragiudiziali), accordi o attivando i propri poteri di autotutela.

Da questo punto di vista, il giudice amministrativo, con frequenza ormai elevata, sanziona le omissioni, le inerzie, le incoerenze e le cattive scelte delle amministrazioni pubbliche, trasmettendo gli atti – anche nel giudizio in materia di silenzio – alle procure contabili. E' stato, in particolare, ritenuto legittimo un intervento in autotutela di un affidamento diretto di un servizio in presenza di una segnalazione, da parte della competente Procura contabile, circa la sua illegittimità e incongruità sul piano della sua economicità^[xxii]. Occorrerebbe, da questo punto di vista, che fossero più chiari i meccanismi della responsabilità dei dipendenti e soprattutto dei dirigenti pubblici, i quali sono oggi impegnati in una serie di adempimenti formali, prima ancora che nell'amministrazione attiva, a risorse invariate e sul presupposto che essi debbano attendere ad ogni cosa, tanto che lo stesso giudice contabile considera esimente da responsabilità la gestione di un ufficio pletorico e di un numero di pratiche elevato con risorse non adeguate^[xxiii]. L'Avvocato, dal canto suo, ai sensi degli artt. 1176 e 2236 c.c., dovrà assolvere al suo mandato sollecitando il cliente a dargli tutte le informazioni necessarie, per poi informarlo adeguatamente circa lo svolgimento dello stesso ed ai suoi esiti.

Nella configurazione della responsabilità amministrativa concorrono tutti questi aspetti, i quali convergono poi nei presupposti per il suo concreto esercizio.

L'elemento psicologico, come si è detto, è la colpa grave.

La diligenza richiesta discende dalla natura dell'incarico, dalla sua complessità e quindi dalla conoscenza delle specifiche normative applicabili alla specie. A maggior ragione tale elemento potrà essere oggetto di esame ove si tratti di avvocati "specialisti", come previsto dal d.m. Min. Giustizia n. 144/2015, recentemente modificato con d.m. n. 163/2020. E' indubbio che, chi si rivolga ad un avvocato "certificato" dal Consiglio Nazionale Forense come specialista, si aspetti una prestazione adeguata nella specifica materia^[xxiv].

Il nesso causale è comune a tutti gli avvocati, nel senso che esso ha normalmente natura omissiva, ma non solo, in quanto ancorato ad una serie di parametri come "*la ragionevole certezza*" o "*il più probabile che non*"^[xxv]. Pertanto, la responsabilità, sia essa civile sia essa amministrativa, seguirà questa linea, in ragione della quale essa discenderà dalla frustrazione di "*serie ed apprezzabili possibilità di successo*" (non dalla certezza dell'esito favorevole del giudizio, ad esempio, dalla proposizione di un appello o di una opposizione ad una sanzione o ad un decreto ingiuntivo). La responsabilità si configura, nella buona sostanza, solo ed

esclusivamente nel caso in cui si verifichi una vera e propria perdita di *chance* di vittoria, cioè dalla ragionevole probabilità che, laddove l'attività omessa (o l'attività in senso lato) fosse stata esplicata (o o esplicata correttamente), in termini di ordinaria diligenza professionale, l'esito avrebbe potuto essere differente e significativamente più favorevole. Si tratta, come noto, di orientamenti della Corte di Cassazione, che anche la Corte dei conti, per quel che concerne gli avvocati pubblici, può seguire.

Altro tema, del quale si è già fatto cenno, è quello della insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, sancita, per la Corte dei conti, dall'art. 1 c. 1 della legge n. 20/1994. Secondo le Sezioni Unite, infatti, *“l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali compiute da soggetti sottoposti, in astratto, alla giurisdizione della Corte di Conti, non ne comporta la sottrazione a ogni possibile controllo. L'insindacabilità nel merito sancita all'art. 1, comma 1, L. n. 20 del 1994, infatti, non priva la Corte dei conti della possibilità di accertare la conformità alla legge dell'attività amministrativa, verificandola anche sotto l'aspetto funzionale, in ordine, cioè, alla congruità dei singoli atti compiuti rispetto ai fini imposti, in via generale o in modo specifico, dal legislatore; limite all'insindacabilità delle scelte discrezionali della P.A. è l'esigenza di accertare che l'attività svolta si sia ispirata a criteri di ragionevole proporzionalità tra costi e benefici. La Corte dei conti, quindi, nella sua qualità di giudice contabile, può verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini dell'ente pubblico”* [xxvi]. Ed ancora: *“La Corte dei Conti, nell'ambito della sua giurisdizione, può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini dell'ente pubblico, che, ai sensi dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, devono essere ispirati a criteri di economicità e di efficacia - secondo il canone indicato nell'art. 97 Cost. - che assumono rilevanza sul piano della legittimità, non della mera opportunità, dell'azione amministrativa; pertanto, la verifica della legittimità dell'attività amministrativa deve estendersi alle singole articolazioni dell'agire amministrativo e, quindi, apprezzare se gli strumenti utilizzati dagli amministratori pubblici siano adeguati oppure esorbitanti ed estranei ai fini di interesse pubblico da perseguire con risorse pubbliche, e non potendo, comunque, prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti”* [xxvii].

Ciò determina la sindacabilità di iniziative giudiziarie temerarie (sia dal lato attivo che da quello passivo), fondate su un parere chiaramente errato, il mancato appello rispetto a pretese completamente infondate (a nulla rilevando l'errore del giudice di prime cure), riversandosi *de plano* sul piano della responsabilità amministrativa riferita agli organi deputati alla difesa legale dell'ente (ma non solo, dipende dalle specifiche ipotesi).

Ovviamente, occorre distinguere: gli avvocati pubblici in senso lato (v. *supra*) arrecano il danno all'amministrazione ove prestano servizio (seppure qui si ponga l'ipotesi della responsabilità per danni ad altre amministrazioni), gli Avvocati dello Stato, in ragione dell'ampia delega difensiva *ope legis* e della totale autonomia nella gestione dei giudizi (anche, se del caso, di proporre appello o meno ad una sentenza, pur su invito della stessa amministrazione in specie rappresentata), ad una platea ben più vasta.

Altro tema, sul quale opinioni divergenti si sono manifestate – e sul quale già alcuni cenni sono stati fatti in sede introduttiva – riguarda il c.d. “doppio binario”, ossia la possibilità, da parte degli enti pubblici, di attivare essi stessi giudizi risarcitori nei confronti dei propri dipendenti a prescindere dall'azione delle Procure contabili: in linea di massima è ammessa la concorrenza di azioni, fermo restando il divieto della doppia condanna.

In realtà, non è la stessa cosa.

Il giudizio dinanzi al giudice ordinario e dinanzi alla Corte dei conti segue regole, procedure, riti, istruzione differenti e soprattutto – eccettuato il caso dei sanitari dopo la riforma operata dalla legge Gelli-Bianco^[xxviii] – su differenti presupposti in merito all'elemento psicologico, che è la colpa lieve nel primo caso e la colpa grave nel secondo. In tesi, dunque, potrebbe persino essere più conveniente, per il dipendente pubblico, l'unificazione della giurisdizione in materia contabile, in quanto le garanzie – pur con tutti i dubbi espressi sulla corretta qualificazione della colpa grave in sede giuscontabile – sono maggiori dinanzi alla Corte dei conti, la quale, peraltro, oltre alla *compensatio lucri cum damno*, gode del potere riduttivo, la cui portata può avere latitudini assai significative laddove l'azione dannosa non sia contrassegnata da dolo, venendo in evidenza l'intero comportamento tenuto in specie dal pubblico dipendente^[xxix].

Il *quantum* è anzitutto legato agli esborsi conseguenti alla condanna, anche alle spese del giudizio. Ma non è escluso che possano rientrare in tale voce anche i costi da disservizio, ossia i costi relativi all'impiego del personale per impostare difese del tutto inutili.

Va, poi, ricordato che la responsabilità amministrativo-contabile è personale e non solidale, dunque ancorata all'effettivo apporto causale dell'Avvocato.

Riprendendo un tema sul quale ci si è già soffermati, è evidente che un importante ruolo in tal senso può svolgerlo l'Amministrazione, la quale richieda, ad esempio, la proposizione dell'azione infondata o la resistenza in giudizio priva di ragioni giuridiche. Se il professionista del libero foro, in tesi, può rifiutarsi di accettare l'incarico, ben più difficile è la posizione dell'Avvocato dell'ente, il quale, ove si allinei a tale indirizzo – non avendo, si badi, potestà amministrative in tale veste – vedrà scemare notevolmente il proprio apporto causale. Ben diverso, ma lo si è detto, è il caso in cui il contenzioso sia avallato ed anzi promosso apertamente, attraverso una attività consulenziale (rientrante nei doveri d'ufficio come nel mandato difensivo) in grado di “deviare” la volontà dell'ente.

3. I danni recati dall'avvocato libero professionista

Quando una pubblica amministrazione conferisce un incarico di consulenza o di difesa ad un professionista esterno, in caso di gravi errori nell'attività difensiva o di pareri abnormi produttivi di danni all'ente, non è possibile, in linea di principio, configurare un rapporto di servizio, ma un rapporto contrattuale, come tale caratterizzato da ampio mandato e cioè non sottoposto a veri e propri vincoli da parte della p.a, anche sotto forma di direttiva.

Se, dunque, il danno si è verificato, la giurisdizione non potrà che essere del giudice ordinario e non di quello contabile.

D'altro canto, come si accennava nelle premesse, il concetto di “rapporto di servizio” ha conosciuto, soprattutto negli ultimi decenni, una elaborazione giurisprudenziale assai cospicua. La giurisdizione della Corte dei conti, dunque, è stata estesa a soggetti, inseriti a qualsiasi titolo (dunque, onorario, volontario o coattivo, di fatto, oltretutto, ovviamente, titolari di un vero e proprio contratto d'impiego pubblico) nell'apparato organizzativo di una amministrazione pubblica e che, in tale veste, esercitino in modo continuativo un'attività improntata alle regole proprie dell'azione amministrativa. Tale effettivo inserimento

organizzativo è dunque ritenuto sufficiente (e necessario, per altro verso) per radicare la giurisdizione contabile. Si parla, in questo caso, da parte delle Sezioni Unite di una relazione funzionale tra l'autore dell'illecito e l'amministrazione pubblica, che, in particolare, prescinde dalla formale instaurazione di un rapporto d'impiego, ma postula la "*compartecipazione del soggetto all'attività dell'amministrazione pubblica*"^[xxx]. Di converso, in presenza di prestazioni saltuarie (anche se ripetute) e quindi di mancato inserimento organizzativo all'interno dell'ente pubblico, la giurisdizione della Corte dei conti dovrà ritenersi esclusa.

La casistica concernente professionisti inclusi a vario titolo è la più varia: essa ricomprende ingegneri, architetti, commercialisti, anche in qualità di consulenti tecnici d'ufficio. Per quanto concerne gli Avvocati liberi professionisti, se, ordinariamente, non sono soggetti a responsabilità amministrativa (ma restano responsabili civilmente degli eventuali danni prodotti alla p.a. conferente), non è escluso che questi possano, in circostanze determinate, essere soggetti alla giurisdizione contabile.

Occorre, qui, una ulteriore precisazione: gli incarichi esterni non sono liberamente conferibili da parte delle Amministrazioni pubbliche. Anzi, l'idea che sembra prevalere ultimamente – determinando anche una serie di problematiche in materia di affidamento dei servizi legali degli enti pubblici, che ha coinvolto anche l'Anac^[xxxi] – è quella di riservare la trattazione delle controversie ordinarie ad un ufficio legale interno appositamente costituito (ottenendo, nel contempo, un'economicità complessiva ed una conoscenza degli sviluppi del contenzioso che, parcellizzando gli incarichi conferiti all'esterno, non vi è^[xxxii]; in ogni caso, non deve trattarsi di attività ordinarie, che l'amministrazione può svolgere con le risorse a sua disposizione^[xxxiii].

Il conferimento di incarichi esterni, deve rispettare una serie di criteri tra i quali si segnalano i seguenti^[xxxiv]:

- a) anzitutto deve trattarsi di una controversia che non è gestibile, per qualsiasi ragione, dall'avvocatura interna;
- b) in secondo luogo, deve trattarsi di un incarico di consulenza o di affidamento di una difesa in sede giudiziale che presupponga particolare specializzazione;
- c) in terzo luogo, non deve comportare una spesa incongrua rispetto ai tariffari esistenti tenuto conto della complessità e specializzazione dell'incarico stesso.

Laddove manchino questi presupposti, potrà inverarsi un caso di responsabilità amministrativa a carico degli amministratori dell'ente che hanno conferito l'incarico, non, in linea di principio, del libero professionista, il quale accetta l'incarico e lo esegue sulla scorta di un contratto stipulato con l'ente.

Una ipotesi particolarmente rilevante è quella costituita dagli avvocati consiglieri dell'Ordine professionale i quali abbiano apposto il visto obbligatorio ad una parcella, consentendo al richiedente di ottenere un pagamento spropositato a danno dell'ente al quale la parcella è stata poi presentata^[xxxv]. Altra ipotesi di responsabilità amministrativa a carico di un avvocato libero professionista sta nell'appropriazione di somme frutto di esecuzioni immobiliari curate su delega del giudice^[xxxvi].

In linea di principio, dunque, resta ferma l'esclusione, nelle ipotesi "ordinarie", della giurisdizione della Corte dei conti nei confronti dei liberi professionisti.

4. Il caso dei danni arrecati dal libero professionista all'ordine professionale

Gli ordini professionali sono enti pubblici economici ad appartenenza necessaria.

Ai sensi dell'art. 24 c. 3 della legge n. 247/2012 "il CNF e gli ordini circondariali sono enti pubblici non economici a carattere associativo istituiti per garantire il rispetto dei principi previsti dalla presente legge e delle regole deontologiche, nonché con finalità di tutela della utenza e degli interessi pubblici connessi all'esercizio della professione e al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale. Essi sono dotati di autonomia patrimoniale e finanziaria, sono finanziati esclusivamente con i contributi degli iscritti, determinano la propria organizzazione con appositi regolamenti, nel rispetto delle disposizioni di legge, e sono soggetti esclusivamente alla vigilanza del Ministro della giustizia".

Il tema della responsabilità – se civile o amministrativo-contabile - si pone per gli Avvocati facenti parte dei consigli degli ordini professionali o anche delle casse previdenziali.

Ciò pone un primo problema, concernente la natura giuridica di tali enti.

Che si tratti di enti pubblici non economici ad appartenenza necessaria è fuor di dubbio. Ai sensi dell'art. 24 c. 3 della legge n. 247/2012, essi sono "istituiti per garantire il rispetto dei principi previsti dalla presente legge e delle regole deontologiche, nonché con finalità di tutela dell'utenza e degli interessi pubblici connessi all'esercizio della professione e al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale". A parte queste nobili finalità, altresì, "sono dotati di autonomia patrimoniale e finanziaria, sono finanziati esclusivamente con i contributi degli iscritti, determinano la propria organizzazione con appositi regolamenti, nel rispetto delle disposizioni di legge, e sono soggetti esclusivamente alla vigilanza del Ministro della Giustizia".

Il quadro testé tratteggiato evidenzia una posizione "ibrida", in quanto, da un lato gli ordini professionali perseguono finalità pubblicistiche e di chiara matrice costituzionale, dall'altro lato, sono dotati di una notevole autonomia, soprattutto sul piano patrimoniale e finanziario. Tutti i mezzi di finanziamento derivano sostanzialmente dalle diverse tipologie di contributo versate dagli iscritti, le quali, però, sono obbligatorie in quanto direttamente collegato all'esercizio dell'attività professionale. Tali contributi, peraltro, sono riscossi coattivamente tramite ruoli, quindi utilizzando procedure che, in caso di controversia, innestano – come pacificamente affermano le Sezioni Unite della Cassazione e lo stesso Consiglio Nazionale Forense^[xxxvii] – la giurisdizione tributaria.

Si tratta di elementi in una certa misura contraddittori, che parrebbero suggerire, in capo agli ordini professionali, un ruolo analogo quello delle pubbliche amministrazioni, con tutte le conseguenze che ne derivano in materia di personale (assunzioni, licenziamenti, mobilità e relative controversie giurisdizionali), di uso delle procedure di evidenza pubblica in genere per gli acquisti di beni e servizi, l'applicazione delle norme in tema di procedimento amministrativo ed anticorruzione, consentendo di ipotizzare la giurisdizione contabile in capo agli avvocati-consiglieri per i danni arrecati all'ordine in tale veste.

In realtà, la giurisdizione della Corte dei conti per i danni discendenti dall'attività degli avvocati componenti dei consigli dell'ordine (o della cassa) è stata oggetto di un dibattito che ha impegnato la giurisprudenza e la dottrina più accreditata.

In giurisprudenza la casistica segnala la riconosciuta responsabilità amministrativa degli organi dei consigli per ammanchi di cassa, derivanti dall'omesso versamento di contributi ad un dipendente (da cui il pagamento di interessi moratori e delle connesse spese), dal mancato versamento dei contributi da parte degli iscritti, dall'attribuzione di consulenze in violazione dei vincoli posti, in particolare, dall'art. 7 della l.n. 165/2001 e così via.

A questi si aggiungano il cattivo uso dei beni, come anche la loro gestione infruttifera, il percepimento di rimborsi spese non dovuti perché non riferibili ad attività istituzionali, l'acquisto di forniture senza procedura di evidenza pubblica, i danni da lite temeraria dovuta al mancato esercizio dell'autotutela quando questo ragionevolmente si imponeva, il cattivo uso del potere disciplinare nei confronti di un avvocato palesemente inidoneo, il quale, con evidente imperizia, abbia recato danno a terzi senza che l'ordine, pur a conoscenza di questa deprecabile condizione, sia mai intervenuto.

Il dibattito ha trovato un significativo momento a seguito dell'orientamento manifestato nel 2013 dalla sezione giurisdizionale per il Veneto, dal quale è discesa l'esclusione della giurisdizione della Corte dei conti in presenza di un indebito conferimento di incarichi esterni[[xxxviii](#)].

In particolare, tale sezione ha ritenuto mancare, nella specie, la natura pubblica delle risorse impiegate (e potenzialmente distratte), pur in presenza di una attività resa da un ente pubblico, mettendo in crisi il criterio oggettivo per radicare la giurisdizione contabile, sostenuto da due presupposti fondamentali: la natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse impiegate. Secondo la sezione Veneto mancherebbe, in specie, il secondo presupposto, trattandosi di contributi provenienti da soggetti privati, in totale assenza di finanziamenti pubblici, escludendo, così, la possibilità di parlare di danno erariale.

Tale orientamento è stato ribaltato in sede d'appello nel 2016 e poi ha trovato nel 2019 l'avallo della Cassazione sul rilievo che, in realtà, i contributi privati hanno una destinazione pubblicistica, date le finalità degli ordini professionali, tenuto conto che la stessa attività libero-professionale presuppone necessariamente l'iscrizione all'albo[[xxxix](#)]. Peraltro, si tratta, come si è anticipato, di contributi obbligatori rispetto ai quali è ammessa la riscossione coattiva tramite ruoli, incardinando la giurisdizione tributaria.

La III Sezione Centrale ha rimarcato la natura pubblica dell'ente, del suo patrimonio e dei fini perseguiti, rilevando che la natura privata dei contributi percepiti non va risolta solo alla stregua dell'autofinanziamento per finalità, appunto, private, ma si riversa e si risolve in una prospettiva teleologicamente orientata al bene pubblico, al corretto esercizio della funzione giurisdizionale, alla tutela del diritto alla difesa, ma anche alla stessa tenuta degli albi ed all'esercizio del potere disciplinare ed a tutta una serie di attività la cui desinenza pubblicistica è fuor di dubbio.

5. Conclusioni

Gli avvocati sono, in misura correlata al proprio ruolo ed alla concreta attività espletata, soggetti alla responsabilità amministrativa, e con essi, a certe condizioni, i componenti dei loro ordini professionali, rispetto ai quali – sia detto *per incidens* – parrebbe esclusa la funzione di controllo contabile in ragione della non appartenenza alla c.d. “finanza pubblica allargata” trattandosi di risorse di provenienza privata.

L’esperienza giurisdizionale, con le sue concrete latitudini e la indubbia tassonomia, può essere ricomposta sulla scia di alcune traiettorie fondamentali, sulle quali è necessario discutere evitando petizioni di principio “innocentiste” o “giustizialiste”, sia nell’inverarsi delle responsabilità, sia nell’estendere la giurisdizione contabile.

Il rischio non è da poco, né può dirsi che la classe forense, attualmente, conosca una stagione particolarmente felice per numerose e ben note questioni irrisolte, dall’esame di abilitazione, ai costi dell’accesso alla professione, ad un mercato estremamente complicato da parcellizzazioni esasperate come dalla presenza di grossi studi associati in grado di assorbire le quote più interessanti di mercato (in modo del tutto legittimo, sia chiaro), dagli obblighi contributivi piuttosto onerosi anche per i neo iscritti.

Si consideri, infine, anche il rapporto con la Magistratura – non sempre felicissimo – la stretta fiscale (si parla dei regimi agevolati) ed i costi fissi dei giudizi (ad es., il contributo unificato, soprattutto in sede di giurisdizione amministrativa), nonché la disciplina in tema di condanna alle spese che assume a volte dimensioni eccessive e spropositate per il semplice fatto della soccombenza, persino quella virtuale.

Quanto si è andato osservando, dunque, va letto in un contesto maggiormente ampio, che concerne lo stato e le prospettive dell’avvocatura, del suo ruolo, quale soggetto impegnato nella corretta esplicazione della funzione giurisdizionale e della giustizia in senso lato. La caleidoscopica varietà della casistica, di cui si è dato solo un cenno, conduce ad essere prudenti nell’attribuzione di responsabilità che discendano meramente dall’esito dei giudizi e non da palesi sviste professionali, ferma restando l’evidente disparità con gli appartenenti all’ordine magistratuale, la cui responsabilità è assai vaga e rarefatta.

Non si invocano responsabilità per altri, ovviamente, ma è bene che il quadro sia compiuto secondo logiche di sistema e non affidate ad interventi estemporanei della giurisprudenza civile o contabile. Sono in gioco, infatti, l’autonomia e la professionalità degli avvocati – siano essi dipendenti di enti pubblici o liberi professionisti – ai quali deve essere consentito di svolgere gli incarichi conferiti con la debita serietà e serenità.

[i] A. Monorchio-L. Mottura, *Compendio di contabilità dello Stato*, Bari 2021, 455 ss.; AA.VV., *La pubblica Amministrazione (Commentario della Costituzione, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso: artt.97-98)*, Bologna 1994; F. Tigano, *Corte dei conti e attività amministrativa*, Torino 2008, 117 ss.; AA.VV., *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di V. Parisio, Milano 1998; AA.VV., *Buon andamento della pubblica amministrazione e responsabilità degli amministratori*, Milano 1985; AA.VV., *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti. Commento sistematico al codice della giustizia contabile (D.Lgs. n. 174/2016), come modificato dal D.Lgs. n. 114/2019*, a cura di A. Canale, F. Freni, M. Smiroldo, Milano 2021.

[ii] F.G. Scoca, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano 2006, 37 ss.

[iii] Ci si riferisce, in specie, all'art. 17, comma 30-ter, decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102 e modificato dall'art. 1, comma 1, lett. c), n. 1), decreto legge 3 agosto 2009, n. 103, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 ottobre 2009, n. 141.

[iv] Cfr. legge n. 29 luglio 2021, n. 108 (G.U. n. 81 del 30 luglio 2021), che ha convertito con modificazioni il decreto legge 31 maggio 2021, n. 77; in proposito, L. Carbone, *Riflessioni a prima lettura dopo il c.d. 'decreto semplificazioni'*, in *Federalismi* n. 30 del 4.11.2020, in www.federalismi.it.

[v] F. Tigano, *Efficienza amministrativa, principio di buon andamento e ruolo della Corte dei conti*, in AA.VV., *La cultura del controllo indipendente nell'ordinamento italiano*, a cura di R. Scalia, Bari 2020, 123 ss.

[vi] A. Buscema, *Il ruolo di garanzia della Corte dei conti e il sistema camerale* (lectio magistralis), in www.corteconti.it.

[vii] Pubblicazione fondamentale sull'argomento, AA.VV., *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, a cura di V. Tenore, Napoli 2014, *passim*. Ad essa si deve buona parte delle seguenti riflessioni.

[viii] Cons. Stato, V, 27 gennaio 2016 n. 279: *“Il professionista privato incaricato dalla P.A. deve ritenersi inserito in modo continuativo, ancorché temporaneo, nell'apparato organizzativo della P.A., tutte le volte in cui, assumendo particolari vincoli ed obblighi funzionali, contribuisca ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali e, cioè, tutte le volte in cui la relazione tra l'autore dell'illecito e l'ente pubblico danneggiato integri un rapporto di servizio in senso lato. La nozione di rapporto di semplice servizio (in senso lato) è quindi configurabile tutte le volte in cui il soggetto, persona fisica o giuridica, benché estraneo alla P.A., venga investito, anche di fatto, dello svolgimento, in modo continuativo, di una determinata attività in favore della medesima P.A., nella cui organizzazione, perciò, si inserisce, assumendo particolari vincoli ed obblighi funzionali ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali, cui l'attività medesima, nel suo complesso, è preordinata”*.

[ix] Corte conti, sez. giur. Emilia Romagna, 30 aprile 2020 n. 40, in www.corteconti.it.

[x] Corte conti, s.g. III appello, 28 luglio 2016 n. 366 (riforma decisione Corte conti, Veneto, 12 giugno 2013 n. 199).

[xi] Tar Campania, Sa, sez. II 28 maggio 2015 n. 1197.

[xii] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2015 n. 937: *“Gli avvocati dipendenti di enti pubblici, iscritti nell'albo speciale annesso all'albo professionale, sono abilitati al patrocinio esclusivamente per le cause e gli affari propri dell'ente presso il quale prestano la loro opera, onde la cessazione del rapporto di impiego (per morte, dimissioni o pensionamento), determinando la mancanza di legittimazione a compiere e a ricevere atti processuali relativi alle cause proprie dell'ente, comporta il totale venir meno dello “ius postulandi” per una causa equiparabile a quelle elencate dall'art. 301 cod. proc. civ., con conseguente interruzione dei processi in cui gli stessi siano costituiti, non potendosi equiparare l'ufficio legale di un'amministrazione pubblica all'Avvocatura dello Stato dotata “ex lege” di mandato collettivo”*.

[xiii] Tar Friuli Venezia Giulia, Ts, sez. I, 4 gennaio 2017 n. 3; Tar Campania, Na, sez. V, 24 gennaio 2013 n. 547 sanziona il caso in cui sia introdotto l'uso del badge anche per gli avvocati degli enti locali: *“E' illegittima la delibera con la quale un Comune ha disposto la rilevazione automatica delle presenze anche per i dipendenti avvocati, esistendo un'incompatibilità logica e strutturale fra le mansioni implicate dal profilo professionale degli avvocati dipendenti del Comune e il sistema automatico di rilevazione fondato sul cd. “badge” che è stato loro fornito, dato che tale sistema si risolve, quanto meno in astratto, (anche al di là delle intenzioni di chi decide di adottarlo), in uno strumento idoneo obiettivamente a introdurre una limitazione dei profili di autonomia professionale e di indipendenza che vanno invece riconosciuti alla figura dell'avvocato, per prassi amministrativa, dalla costante giurisprudenza e soprattutto nel rispetto della vigente legislazione”*; in proposito, anche Tar Lazio, sez. IIIq, 14 giugno 2019 n. 7713: *“L'attività degli avvocati, anche se pubblici dipendenti, è soggetta a scadenze e ritmi di lavoro che sfugge alla potestà organizzativa delle Amministrazioni, dipendendo dalle esigenze dei processi in corso nei quali essi sono impegnati, l'esercizio dell'attività di avvocato pubblico comportando, infatti, operazioni materiali (preziosamente procuratorie) ed intellettuali (esemplificatamente studio della controversia e predisposizione delle difese) necessitate dai tempi delle scadenze processuali e proiettate all'esterno, direttamente ascrivibili alla responsabilità del professionista che le svolge; ne deriva che il principio da tenere fermo è che gli avvocati dipendenti da Enti Pubblici, nell'esercizio delle funzioni di rappresentanza e difesa giudiziale e stragiudiziale dell'Amministrazione, in attuazione del mandato in tal senso ricevuto, sono dei professionisti i quali non possono essere costretti ad un'osservanza rigida e rigorosa dell'orario di lavoro alla stessa stregua degli altri dipendenti, senza tenere conto della peculiarità dell'attività da loro svolta”*.

[xiv] Tar Basilicata, sez. I, 11 ottobre 2014 n. 728.

[xv] Sulla distinzione tra indennizzo e risarcimento da ritardo, v. Tar Campania, Na, sez. V, 12 aprile 2021 n. 2346; sui presupposti (insufficienza solo annullamento provvedimento lesivo), Tar Lombardia, Bs, sez. I, 22 giugno 2020 n. 465; emblematico, Tar Lazio, Rm, sez. III stralcio, 13 gennaio 2020 n. 280.

[xvi] M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli 2018; C. Napolitano, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli 2018.

14 luglio 2022

[xvii] C. Rizzo, *Prime osservazioni sul nuovo abuso d'ufficio*, in *Federalismi*, n. 14 del 21.6.2021, in www.federalismi.it; S. Perongini, *L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Torino 2020.

[xviii] F. Tigano, *Inquadramento della responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di G. Vecchio, S. Aleo, R. De Matteis, II, Milano 2014, 909 ss.

[xix] Molto puntuale ed interessante, da questo punto di vista, Corte conti, sez. contr. Lombardia n. 108/2018/PAR, la quale richiama la costante giurisprudenza in materia, i limiti ed i presupposti per la stipula delle transazioni:

"- i limiti alla stipulazione della transazione da parte di enti pubblici sono quelli propri di ogni soggetto dell'ordinamento giuridico, e cioè la legittimazione soggettiva e la disponibilità dell'oggetto, e quelli specifici di diritto pubblico, e cioè la natura del rapporto tra privati e pubblica amministrazione. Sotto quest'ultimo profilo va ricordato che, nell'esercizio dei propri poteri pubblicistici, l'attività degli enti territoriali è finalizzata alla cura concreta di interessi pubblici e quindi alla migliore cura dell'interesse intestato all'ente. Pertanto, i negozi giuridici conclusi con i privati non possono condizionare l'esercizio del potere dell'Amministrazione pubblica sia rispetto alla miglior cura dell'interesse concreto della comunità amministrata, sia rispetto alla tutela delle posizioni soggettive di terzi, secondo il principio di imparzialità dell'azione amministrativa;

- la scelta se proseguire un giudizio o addivenire ad una transazione e la concreta delimitazione dell'oggetto della stessa spetta all'Amministrazione nell'ambito dello svolgimento della ordinaria attività amministrativa e come tutte le scelte discrezionali non è soggetta a sindacato giurisdizionale, se non nei limiti della rispondenza delle stesse a criteri di razionalità, congruità e prudente apprezzamento, ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa. Uno degli elementi che l'ente deve considerare è sicuramente la convenienza economica della transazione in relazione all'incertezza del giudizio, intesa quest'ultima in senso relativo, **da valutarsi in relazione alla natura delle pretese**, alla chiarezza della situazione normativa e ad eventuali orientamenti giurisprudenziali;

- ai fini dell'ammissibilità della transazione è necessaria l'esistenza di una controversia giuridica (e non di un semplice conflitto economico), che sussiste o può sorgere quando si contrappongono pretese confliggenti di cui non sia possibile a priori stabilire quale sia giuridicamente fondata. Di conseguenza, il contrasto tra l'affermazione di due posizioni giuridiche è la base della transazione in quanto serve per individuare le reciproche concessioni, elemento collegato alla contrapposizione delle pretese che ciascuna parte ha in relazione all'oggetto della controversia. Si tratta di un elemento che caratterizza la transazione rispetto ad altri modi di definizione della lite;

- la transazione è valida solo se ha ad oggetto diritti disponibili (art 1966, co. 2 cod. civ.) e cioè, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, quando le parti hanno il potere di estinguere il diritto in forma negoziale. E' nulla, infatti, la transazione nel caso in cui i diritti che formano oggetto della lite siano sottratti alla disponibilità delle parti per loro natura o per espressa disposizione di legge. In particolare, il potere sanzionatorio dell'amministrazione e le misure afflittive che ne sono l'espressione possono farsi rientrare nel novero delle potestà e dei diritti indisponibili, in merito ai quali è escluso che possano concludersi accordi transattivi con la parte privata destinataria degli interventi sanzionatori (cfr. Sez. Lombardia n. 1116/2009 cit.);

- requisito essenziale dell'accordo transattivo disciplinato dal codice civile (artt. 1965 e ss.) è, in forza dell'art. 1321 dello stesso codice, la patrimonialità del rapporto giuridico".

[xx] G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino 2003; F. Tigano, *Commento all'art. 11*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano 2017, 654 e ss.

[xxi] F. Tigano, *Indennizzo "reale" ed attività espropriativa nel caleidoscopio dei poteri ablatori. Il punto delle Sezioni Unite*, in Giustiziainsieme.it.

[xxii] Tar Piemonte, sez. I, 12 settembre 2016 n. 1139.

[xxiii] Sul punto, di recente, AA.VV., *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, a cura di M. Immordino e C. Celone, Napoli 2020; V. Tenore, *Profili ricostruttivi della responsabilità amministrativo-contabile dell'avvocato pubblico dipendente o del libero foro*, in www.lexitalia.it.

[xxiv] Cfr., Decreto Min. Giustizia 1 ottobre 2020 n. 163 "Regolamento concernente modifiche al decreto del Ministro della giustizia 12 agosto 2015, n. 144, recante disposizioni per il conseguimento e il mantenimento del titolo di avvocato specialista, ai sensi dell'articolo 9 della legge 31 dicembre 2012, n. 247".

[xxv] B. Tassone, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e «più probabile che non»*: Cassazione civile, sez. III, sentenza 14/11/2017, n. 26824, in *Foro It.*, n. 2/2018, 562 ss.

[[xxxvi](#)] SS.UU., 19 gennaio 2018 n. 1408.

[[xxxvii](#)] SS.UU., 15 marzo 2017 n. 6820.

[[xxxviii](#)] Legge 8 marzo 2017, n. 24; in tema, AA.VV., *Responsabilità sanitaria*, a cura di S. Aleo, P. D'agostino, R. De Matteis, Milano 2018.

[[xxxix](#)] G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli 2017.

[[xxx](#)] SS.UU., 12 aprile 2012 n. 5756.

[[xxxxi](#)] Cfr. Delibera ANAC 24 ottobre 2018 (G.U. n. 264 del 13 novembre 2018), *Linee guida n. 12 recanti "Affidamento dei servizi legali"* (Delibera n. 907).

[[xxxii](#)] Si veda, tuttavia, Tar Campania, Sa, sez. II, 16 luglio 2014 n. 1383.

[[xxxiii](#)] Corte dei Conti, Sez. II centr. App., 16 maggio 2022 n. 222; notorio il c.d. "Caso Alemanno", laddove Corte dei conti, s.g. Lazio, con sentenza 29 maggio 2017 n. 124, si è espressa nei seguenti termini: "*Sussiste la responsabilità amministrativa nei confronti del Sindaco di un Comune che ha conferito incarichi giudiziari a legali esterni, pur in presenza di un ufficio legale interno, senza una preventiva – seria e concreta - verifica in ordine alla effettiva impossibilità di ricorrere a risorse interne, imposta sia dalle disposizioni regolamentari e più in generale, da norme di legge ordinaria, dovendo l'incarico essere adeguatamente motivato con specifico riferimento all'assenza di strutture organizzative o professionalità interne all'ente in grado di assicurare i medesimi servizi. L'affidamento dell'incarico deve essere preceduto, perciò, da un accertamento reale, che coinvolge la responsabilità del dirigente competente, sull'assenza di servizi o di professionalità, interne all'ente, che siano in grado di adempiere l'incarico*"; così anche il c.d. "caso Formigoni", laddove Corte dei conti, s.g. Lombardia 4 luglio 2017 n. 102 ha parimenti affermato: "*Sussiste la responsabilità amministrativa dei componenti della Giunta regionale per la decisione di avvalersi, per un giudizio innanzi alla Corte di Cassazione, di un legale esterno, atteso che tale scelta appare ultronea, considerato che l'Avvocatura regionale annoverava, all'epoca dei fatti in contestazione, ben diciassette Avvocati di ruolo di cui sette abilitati al patrocinio in Cassazione, fra cui anche i due Avvocati che furono poi effettivamente impiegati oltre al legale esterno per il ricorso in Cassazione*".

[[xxxiv](#)] Tar Calabria, Cz, sez. I, 28 settembre 2016 n. 1879; Tar Campania, Na, sez. V, 30 marzo 2020 n. 1301, nel ribadire l'autonomia organizzativa dell'Ufficio legale, precisa: "*Anche se è vero che l'attività delle amministrazioni deve essere ordinariamente svolta dai propri organi e uffici, tuttavia sussiste la possibilità di far ricorso a professionalità esterne sia pure esclusivamente nei casi previsti dalla legge o in relazione ad eventi e situazioni straordinarie non fronteggiabili con le disponibilità tecnico-burocratiche esistenti. In particolare, il conferimento di un incarico legale ad un professionista esterno deve tener conto sia dell'esistenza o meno di un ufficio legale interno ma soprattutto della qualificata prestazione da rendere in giudizio in relazione alla particolare complessità della questione controversa; l'accertamento della sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi, da compiersi in via preventiva da parte del soggetto pubblico conferente, devono evidenziarsi nella motivazione della delibera di conferimento dell'incarico, che puntualmente deve riportare le ragioni della scelta compiuta*".

[[xxxv](#)] Laddove, invece, il visto non sia obbligatorio la giurisdizione contabile non si radica; cfr. Corte conti, s.g. Friuli Venezia Giulia, 17 gennaio 2013 n. 2.

[[xxxvi](#)] Quanto alla differenza strutturale e funzionale tra avvocati degli enti pubblici e professionisti privati, il Consiglio di Stato, sez. VI, 23 dicembre 2016 n. 5448, osserva quanto segue: "*Sussistono varie differenze tra avvocati dipendenti da enti pubblici ed avvocati del libero foro, atteso che mentre questi ultimi, sul piano strutturale, stipulano con i clienti un contratto di prestazione d'opera professionale che è retto interamente dalle regole di diritto privato, con conseguente responsabilità secondo i principi civilistici, gli avvocati degli enti pubblici, invece, stipulano, da un lato, un contratto di lavoro con l'ente pubblico, in veste di datore di lavoro, che li inserisce, con qualifiche di funzionario o dirigente, nell'organizzazione dell'ente, dall'altro, un contratto di prestazione d'opera professionale con il medesimo ente pubblico, in veste di "cliente unico", con il quale viene conferito, secondo modalità dipendenti dalla tipologia di Ente che viene in rilievo, incarico di svolgere una determinata attività difensiva. Sul piano funzionale, l'attività che gli avvocati degli enti pubblici pongono in essere deve essere eseguita in piena autonomia al fine di assicurare il rispetto delle regole che operano per tutti gli avvocati, con la conseguenza che non sono ammesse interferenze da parte dell'Ente "cliente" in grado di condizionare le scelte difensive da assumere, ferma la responsabilità dell'avvocato secondo le regole generali nei confronti del rappresentante legale dell'Ente medesimo. Un secondo ambito attiene al contenuto "esterno" dell'attività e cioè al suo inserimento nell'ambito della complessiva organizzazione pubblica, in relazione alla quale l'Ente "datore di lavoro" conserva i suoi poteri privati e pubblici volti ad assicurare, mediante ad esempio la previsione di un orario di servizio, l'inserimento coordinato dell'attività svolta dall'avvocato nell'ambito della propria organizzazione, che rispetti sempre il proprium dei compiti assegnati*".

[[xxxvii](#)] Cfr. Parere del Consiglio Nazionale Forense reso nell'adunanza del 15 dicembre 2017.

[[xxxviii](#)] Cfr. Corte dei conti, s.g. Veneto, 12 giugno 2013 n. 199.

[[xxxix](#)] Cfr. Corte dei conti, sez. centr. App. 28 luglio 2016 n. 366 e SS.UU., 26 giugno 2019 n. 17118.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2373 – 17 giugno 2022

Tatuaggi e concorsi per l'arruolamento nelle forze armate (nota a Consiglio di Stato, 16 febbraio 2022 n. 1167)

di Carmine Filicetti

Sommario: 1. Premessa: la vicenda contenziosa - 2. Sull'inidoneità derivante da tatuaggi - 3. Riflessioni conclusive.

1. Premessa: la vicenda contenziosa

La sentenza che si annota affronta il tema del “tatuaggio^[1]” considerato nella sua relazione con il concetto di decoro dell'uniforme.

La questione origina dall'esclusione dell'appellante dal concorso per il reclutamento di 2165 volontari in ferma prefissata quadriennale per l'anno 2015 nell'Esercito italiano, nella Marina Militare e nell'Aeronautica Militare, indetto con il bando di concorso pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, quarta serie speciale, n. 95 del 5 dicembre 2014.

La stessa veniva esclusa per non aver superato una prevista prova fisica e, in particolare, per il mancato superamento delle prove dei piegamenti sulle braccia e, avverso tale determinazione negativa, la predetta appellante ha proposto ricorso giurisdizionale dinanzi al T.A.R., con richiesta di misure cautelari, anche monocratiche.

Con decreto presidenziale veniva sospeso il provvedimento di esclusione e con successiva ordinanza collegiale veniva confermata la misura interinale di sospensione del provvedimento di esclusione.

Successivamente, in esecuzione dell'indicata ordinanza cautelare, l'attuale appellante è stata nuovamente convocata dalla Commissione di concorso per essere sottoposta ai previsti accertamenti psico-fisici nuovamente esclusa per la presenza di un tatuaggio posto sulla cute del lato sinistro del collo, ritenuto non compatibile con i requisiti concorsuali.

L'ornamento, posizionato sul collo, veniva ritenuto non compatibile con i requisiti previsti dalla procedura concorsuale; in ragione di tale *vulnus*, anche questa, successiva, esclusione veniva gravata dall'appellante con ricorso per motivi aggiunti.

Successivamente, il TAR adito si pronunciava dichiarando l'improcedibilità in quanto non vi era stata impugnazione della graduatoria finale del concorso ritualmente pubblicata.

Si proponeva, dunque, appello all'interno del quale veniva mossa censura visto che la dichiarazione di improcedibilità per la mancata impugnazione del Decreto dirigenziale pareva erronea in quanto con quest'ultimo provvedimento veniva approvata la graduatoria relativa alla seconda immissione nell'Esercito come VFP 4, mentre l'appellante rientrava nella prima immissione di VFP 4 e venivano altresì riproposti tutti i motivi non esaminati dal giudice di *prime cure*.

Nel merito della questione del tatuaggio e, per quanto rileva in questa sede, l'appellante ha individuato un grave vizio di eccesso di potere per difetto di motivazione, derivante dall'esclusione direttamente collegata alla presenza della figurazione cutanea, poiché, dal canto suo, l'esistenza non poteva comportare ex se l'esclusione dal concorso essendo necessario a tal fine che esso sia deturpante o contrario al decoro dell'uniforme o ancora possibile indice di personalità abnorme.

Ancora, si spiegava come nel caso di specie il tatuaggio consisteva in *“un piccolo e quasi invisibile tatuaggio in prossimità dell'orecchio sinistro e dell'attaccatura dei capelli, il quale non presenta certamente le caratteristiche suindicate”* censurando, comunque, le mancate valutazioni di merito da parte dell'Amministrazione visto che l'appellante era già in cura, da molti mesi, per un trattamento laser chirurgico volto all'eliminazione definitiva del tatuaggio in questione.

Inoltre, l'appellante sottolinea come il tatuaggio in questione era già impresso sulla sua pelle all'atto del primo arruolamento, momento in cui non ha comportato effetto alcuno, né in detta sede nè in relazione al prolungamento della rafferma dei VFP1.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, si è determinato per il rigetto del ricorso in quanto la pronuncia, oggi in nota, precisa che anche se il ricorso non fosse stato improcedibile sarebbe stato comunque infondato nel merito circa la legittimità dell'esclusione dell'appellante per la presenza del tatuaggio sul collo che, in quanto visibile, rappresenta elemento di inidoneità.

2. Sull'inidoneità derivante da tatuaggi

La rilevanza che assumono i tatuaggi nell'ambito dei concorsi per le forze armate è pregnante.

Tale rilevanza va posta in relazione alla famigerata uniforme, ovvero l'insieme dei capi di vestiario, corredo ed equipaggiamento che contraddistinguono gli uomini e le donne delle Forze Armate.

Tatuaggio ed uniforme costituiscono dunque una sorta di ossimoro, poiché se è vero che il vestiario e gli accessori costituiscono l'elemento distintivo della funzione dei pubblici poteri dei quali sono investiti i militari e le forze dell'ordine tutte nello svolgimento del proprio servizio; il tatuaggio appare come una sorta di "neo" capace di inquinare e svilire quella che è la funzione che l'uniforme figura, altresì, l'appartenenza a una specifica Nazione e a una determinata Forza Armata, ricordandone la Storia e le tradizioni sia di una che dell'altra: l'uniforme rappresenta, dunque, la sintesi della storia e delle tradizioni dell'organizzazione militare.

Sono numerosissime le pronunce giurisprudenziali che negano l'accesso alle Forze Armate per la presenza di segni più o meno evidenti per le ragioni ripercorse dalla pronuncia in commento che si muove sulla granitica scia disegnata dai massimi organi della G.A[2].

Orbene, i Giudici di Palazzo Spada richiamano quanto previsto dal Bando di Concorso (pubblicato in G.U. Serie Speciale n.95 del 5/112014) il quale prevede che la commissione dovrà giudicare inidonei i concorrenti che presentino tatuaggi allorquando, per la loro sede ovvero per la raffigurazione risultino contrari al decoro dell'uniforme.

Pertanto, risulta irrilevante la posizione del tatuaggio quando rappresenta una forma di disonore delle istituzioni ovvero indice di personalità inidonea; se invece, il tatuaggio è posizionato in una parte del corpo scoperta dalla divisa è in ogni caso elemento di inidoneità per l'accesso alle forze armate.

Invero, ormai, consolidata giurisprudenza ritiene che il tatuaggio sia causa di esclusione ove esso sia posizionato nelle parti del corpo scoperte dalla divisa anche qualora esso non rappresenti un disonore per le istituzioni[3]. In tali ipotesi, la commissione non detiene alcuna discrezionalità, non dovendo eseguire alcuna valutazione, bensì dovendo esclusivamente prendere atto degli esiti di un mero accertamento tecnico[4].

Altresì è meritevole di attenzione il punto della pronuncia relativo alla circostanza che il tatuaggio dell'appellante sia in via di rimozione.

Ciò che conta e rileva, secondo il giudice adito, è la presenza visibile del tatuaggio al momento della procedura concorsuale e in quel preciso momento che la valutazione si cristallizza e, tale accertamento, non è pervaso da discrezionalità alcuna dunque in nessun caso può essere valutato il percorso di rimozione intrapreso[5].

A tale scopo è necessario il richiamo ai principi generali che regolano i concorsi pubblici per cui i requisiti recati nella *lex specialis* debbono essere posseduti al termine della presentazione delle domande. Ebbene anche se nell'ipotesi della verifica dei requisiti psicofisici tale termine è posticipato al momento della visita medica (momento effettivo di accertamento) non si può riconoscere valenza a fatti ultronei intervenuti successivamente[6].

In tale fattispecie, infatti, la commissione medica è chiamata alla verifica circa la riconducibilità della situazione di fatto accertata nella fattispecie astratta che disciplina le cause di esclusione.

Pertanto, nel caso che ci occupa, la commissione non ha fatto altro che segnalare la presenza del tatuaggio in una zona non coperta dall'uniforme e, pertanto, rientrante nelle ipotesi di inidoneità prescritte, rendendo superfluo qualsivoglia valutazione sulla entità ovvero significato dello stesso^[7].

L'esigenza della non visibilità del tatuaggio, per collegarci al concetto di ossimoro, è strettamente collegata alla visibilità dell'uniforme, necessità che raggiunse l'apice durante il periodo napoleonico: i soldati dell'imperatore cominciarono a indossare copricapi sempre più ingombranti e accessori oltremodo luccicanti, il tutto per acquisire un aspetto tanto più imponente e maestoso quanto era più alto il grado del milite.

3. Riflessioni conclusive

La posizione della giurisprudenza è chiara e consolidata sull'inidoneità recata dai tatuaggi nell'ambito dei concorsi per l'accesso nelle forze armate.

Con sentenza n. 658/2020 i Giudici di Palazzo Spada ritenevano irrilevante la rimozione in corso d'opera del tatuaggio, costituendo anche il residuo del tatuaggio sbiadito (ma ancora visibile) legittima causa di esclusione dal concorso.

Difatti, il "residuo di un tatuaggio", in via di rimozione non lo rende invisibile bensì elemento valutabile dalla commissione medica che senz'altro accerta la causa di esclusione. Né tanto meno è ipotizzabile la possibilità di posticipare la visita medica al momento della completa rimozione del tatuaggio poiché contrasterebbe con il generale principio di imparzialità e di parità di trattamento dei candidati.

È pur vero però che si scorge una inversione di rotta nella giurisprudenza più recente che non ritiene "sufficiente la mera visibilità di un tatuaggio per giustificare l'esclusione di un candidato dal concorso, indipendentemente dal fatto che il tatuaggio risulti deturpante dell'immagine del militare o possa risultare indicativo di personalità abnorme. Sebbene, quindi, la presenza di un tatuaggio su una parte del corpo non coperta dall'uniforme sia rilevante al fine della valutazione di idoneità, si deve escludere l'automatismo tra la visibilità del tatuaggio e l'esclusione dal concorso per l'accesso al Corpo di polizia penitenziaria, essendo necessario che la Commissione di concorso, esercitando la propria discrezionalità tecnica, valuti se il tatuaggio, oltre che visibile, costituisca causa di non idoneità in quanto deturpante o contrario al decoro per le istituzioni ovvero in quanto indicatore di personalità abnorme"^[8].

Dunque, aver impresso sul proprio corpo una raffigurazione di qualsivoglia entità o specie non comporta, o non dovrebbe comportare *ex se* l'inidoneità ai concorsi relativi all'accesso delle Forze Armate.

Come detto, gli uomini e le donne che indossano la divisa rappresentano un'istituzione a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica e per tanto sono chiamati a possedere requisiti più stringenti rispetto a quelli richiesti per gli altri concorsi pubblici.

La disciplina è chiara nella previsione dell'inammissibilità dei candidati che abbiano tatuaggi su parti del corpo non coperti da divisa nonché nelle ipotesi di raffigurazioni che chiaramente rappresentino un disonore per l'uniforme indossata nonché evidenzino una personalità abnorme.

È l'amministrazione al momento delle verifiche che deve accertare esclusivamente la presenza di segni scoperti dalla divisa ed eventualmente valutare la portata di tatuaggi che si collocano in zone coperte dalla stessa.

È forse il caso di inquadrare in modo più stringente le ipotesi di inammissibilità derivante da tatuaggi?

[1] Tatuaggio s. m. [dal fr. tatouage, der. di tatouer «tatuare»]. – 1. a. Deformazione artificiale permanente dei tessuti cutanei, ottenuta mediante segni indelebili prodotti per puntura dall'inserzione sotto la cute di sostanze coloranti senza alterare la superficie epidermica. Per estens., il disegno ottenuto sulla pelle mediante tale pratica in treccani.it.

[2] Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 01/04/2016, n. 1300 E' legittimo il provvedimento di esclusione dal concorso a posti di vice revisore tecnico di Polizia giudiziaria a carico di una candidata in ragione di un tatuaggio disegnato sul polpaccio della gamba destra e non copribile dalla gonna della divisa.

[3] Ex multis T.A.R. Roma, (Lazio), sez. I, 22/09/2016, n. 9903 "La presenza di un tatuaggio in zona visibile è sufficiente per giustificare l'esclusione del candidato dal concorso, indipendentemente dal fatto che il tatuaggio in questione possa risultare deturpante o indicativo di personalità abnorme".

[4] Sul punto si veda Cons. Stato Sez. IV, 09/03/2020, n. 1690; Cons. Stato, sez. IV, 3 ottobre 2019 n. 6640; Cons. Stato, Sez. IV, 18/03/2011 n. 1690.

[5] v. T.A.R. Roma, (Lazio), sez. III, 12/05/2015, n. 6860 "Non può essere reputato deturpante un tatuaggio, peraltro in fase di rimozione, di centimetri 4x5 che raffiguri un motivo floreale. La non immediata percepibilità visiva della presenza di un tatuaggio non consente di ritenere che la sua presenza risulti in contrasto con il prototipo di figura istituzionale, il che rende irragionevole e sproporzionata – rispetto alle finalità presidiate dalla disciplina di riferimento – l'esclusione del ricorrente dal concorso".

[6] Di tale avviso, Cons. Stato, Sez. IV, 27 gennaio 2020, n. 658; Cons. Stato Sez. IV, 30/06/2020, n. 4109; Cons. Stato Sez. II, 01/09/2021, n. 6155.

[7] Sul punto T.A.R. Salerno, (Campania), sez. I, 03/03/2015, n. 463

Il tatuaggio costituisce legittima causa di esclusione dalle procedure concorsuali indette per l'assunzione di personale militare o, comunque, in divisa, solo quando le dimensioni o i contenuti dell'incisione sulla pelle siano rivelatori di una personalità abnorme, ovvero quando questa sia oggettivamente deturpante della figura o incompatibile con il possesso della divisa medesima. Quindi è onere dell'Amministrazione fornire, all'atto della esclusione, concreta e puntuale motivazione in ordine alle ragioni per le quali, di volta in volta, il tatuaggio sia stato ritenuto preclusivo dell'assunzione o incompatibile con il possesso della divisa.

[8] Cfr. TAR Lazio sez. V n. 2063/2022

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2410 – 15 luglio 2022

Il collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?

di Fabio Francario

Sommario: 1. Importanza dell'istituto nella cornice del N.G.E.U. e del P.N.R.R. - 2. Ragioni della difficoltà d'inquadramento sistematico dell'istituto. - 3. Focus sulla normativa specifica del Collegio consultivo tecnico - 4. Una ipotesi ricostruttiva - 5. Osservazioni conclusive: il collegio consultivo tecnico di fronte all'alternativa tra l'essere una reale misura di semplificazione ed efficienza o un inutile aggravamento amministrativo.

1. Importanza dell'istituto nella cornice del NGEU e del PNRR.

Attualmente, la figura del Collegio consultivo tecnico è annoverata tra le misure di semplificazione in materia di contratti pubblici contemplate nell'ambito del Capo I del Titolo I del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 (*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*). Non si tratta di una figura completamente nuova^[1], ma nelle intenzioni del legislatore vorrebbe assumere un ruolo strategico per garantire il rilancio dell'economia nello scenario *post* pandemico. Per essere pienamente compresa va quindi considerata nel contesto del quadro normativo e degli obiettivi predefiniti a livello comunitario dal *Next Generation EU* (NGEU) e a livello nazionale dal *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR).

Il programma di intervento straordinario, voluto dalle Istituzioni europee non solo per contrastare la pandemia, ma per favorire la ripresa e lo sviluppo economico e sociale, viene sviluppato in Italia dal PNRR ed è opinione diffusa e condivisa che si sia di fronte ad una occasione irripetibile. La necessità di evitare il rischio che gli interventi previsti non vengano

realizzati e che gli obiettivi prefissati non vengano raggiunti ha messo in primo piano la questione dell'efficienza amministrativa. Dal momento che la pubblica amministrazione assume un ruolo vitale nell'attuazione del complesso piano, l'attenzione del legislatore si è pertanto concentrata anche sulla necessità di approntare uno strumentario giuridico appositamente dedicato a garantire l'efficacia dell'azione amministrativa nell'ambito delle misure destinate ad accompagnare la realizzazione del Piano. L'intervento legislativo si è a tal fine sviluppato essenzialmente sotto tre distinti profili, tutti convergenti nell'unica finalità di garantire la celere conclusione dei procedimenti e la stabilità delle decisioni: rimozione del fenomeno della "paura della firma", previsione di meccanismi procedurali sostitutivi e de - giurisdizionalizzazione della soluzione dei conflitti

Le principali misure di semplificazione specificamente dedicate ad accompagnare la realizzazione del PNRR sono individuate nel d.l. 16 luglio 2020 n. 76 (*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*), convertito con l. 11 settembre 2020 n. 120 e nel d.l. 31 maggio 2021 n. 77 (*Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*).

La prima linea d'intervento seguita è stata quella di rimuovere la difficoltà di assumere decisioni in un quadro normativo, economico, tecnico e sociale estremamente complesso, incerto e farraginoso, intervenendo sul regime giuridico della responsabilità amministrativa e penale dei funzionari pubblici al fine di rimuovere la c.d. "paura della firma". Sotto questo profilo l'attenzione è stata rivolta all'elemento personale della pubblica amministrazione, al "fattore umano". L'art. 21 del d.l. n. 76 del 2020 è intervenuto sul tema della responsabilità erariale, limitando la responsabilità dei funzionari pubblici per danno erariale alle sole ipotesi in cui ne venga accertato il dolo e precisando che tale limitazione "*non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente*". L'ulteriore precisazione che "*la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso*" vale a chiarire anche che il dolo va riferito all'evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica, come invece sostenuto da alcuni orientamenti della giurisprudenza contabile. L'art. 23 ha invece circoscritto il reato di abuso d'ufficio alla violazione di puntuali disposizioni di leggi e atti con forza di legge da cui non residuino margini di discrezionalità.

La seconda linea d'intervento ha invece interessato i procedimenti amministrativi, e si è concretizzata nella previsione di misure di semplificazione, finalizzate a garantire la definizione dei processi decisionali, in tempi rapidi e comunque la certezza della loro conclusione. Il d.l. 76/2020, oltre a introdurre modifiche della disciplina generalmente dettata dalla legge 241/1990, recate dall'art. 12, generalizza di fatto l'impiego della figura del Commissario straordinario per garantire la realizzazione degli interventi infrastrutturali di particolare complessità, prevedendo che i Commissari operino in deroga alla disposizioni di legge in materia di contratti pubblici ("*fatto salvo il rispetto dei principi ...*") e che possano essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazioni appaltante (art. 9). Il d.l. 77/2021 prevede invece la possibilità di attivare meccanismi sostitutivi commissariali in caso di mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti del Piano, ovvero di ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti da parte dei soggetti attuatori del PNRR (art. 12), così come nel caso di dissenso, diniego, opposizione o altro atto equivalente idoneo a precludere la realizzazione in tutto o in parte la realizzazione di un intervento rientrante nel PNRR o nel PNC (art. 13). Sotto il profilo più strettamente organizzativo, il d.l. 77/2021 prevede inoltre l'istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri di una cabina di regia con poteri d'indirizzo, d'impulso e di coordinamento

generale sull'attuazione degli interventi del PNRR (art 2); l'istituzione di una Soprintendenza speciale presso il Ministero della cultura con competenza per i beni che siano interessati dagli interventi previsti nel PNRR e con poteri comunque di avocazione e sostitutivi delle Soprintendenze locali nei casi in cui si renda necessario per assicurare la tempestiva attuazione del PNRR (art. 29); l'istituzione di un Comitato speciale presso il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici tenuto a esprimersi sui progetti di fattibilità tecnico economica delle opere non solo a livello meramente consultivo, ma con potere anche decisorio, sostitutivo della conferenza dei servizi competente all'approvazione definitiva del progetto nei casi in cui siano stati espressi dissensi in seno ad essa (art 44).

La terza linea d'intervento è stata quella che si è ormai soliti definire come “de-giurisdizionalizzazione”, per indicare misure o istituti volti ad evitare o limitare quanto più possibile il rischio che l'intervento del giudice arretri o ritardi la realizzazione degli interventi pubblici. La necessità di realizzare gli interventi previsti nel PNRR e nel PNC ha fatto sì che il legislatore abbia non solo dettato norme specificamente volte ad accompagnare la realizzazione di tali piani, ma abbia altresì colto l'occasione per intervenire a regolare in via generale il rapporto tra processo amministrativo e opere pubbliche cercando di limitare la possibilità d'intervento del giudice sull'appalto. Sotto quest'ultimo profilo, l'art. 4 del dl 76/2020 coglie l'occasione per dettare diverse disposizioni volte ad assicurare la stabilità dell'aggiudicazione e del conseguente affidamento del contratto. In primo luogo, estende l'applicazione dell'art. 125 comma 2 del c.p.a. agli appalti aggiudicati entro al 31 dicembre 2021 (termine poi spostato al 30 giugno 2023), il che comporta lo spostamento della tutela sul versante puramente risarcitorio, dal momento che esso statuisce che *“la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato e il risarcimento del danno avviene solo per equivalente”*. Precisa, in secondo luogo, che *“la pendenza di un ricorso giurisdizionale nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto”* non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione dello stesso e 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”*. Precisa ancora, in terzo luogo, che di norma i giudizi in materia di appalti dovrebbero essere definiti nel merito con sentenza in forma semplificata in esito all'udienza cautelare. Dunque, sembrerebbe d'intendere, a meno che l'aggiudicazione non venga immediatamente sospesa dal giudice amministrativo, il contratto deve essere stipulato e non può esser più caducato e il ricorrente che abbia ragione dovrà limitarsi ad una tutela meramente risarcitoria. Sotto questo profilo, senza entrare nei profili concernenti la costituzionalità di tali norme con riferimento soprattutto all'art 113 Cost., è dunque evidente l'intento di limitare quanto più possibile l'incidenza della pronuncia giurisdizionale sull'affidamento dei lavori. Le previsioni, come detto, sono d'ordine generale, ma il PNRR è stato comunque l'occasione per generalizzare tale disciplina.

Con specifico riferimento invece alle opere previste nel PNRR e nel PNC, oltre a misure acceleratorie^[4], nella prospettiva della de-giurisdizionalizzazione sono state previste anche misure volte a cercare proprio di evitare che dispute o controversie vengano portate e decise in sede giurisdizionale.

L'art. 6, espressamente dedicato sin dalla rubrica al Collegio Consultivo Tecnico, reca infatti previsioni dichiaratamente volte a scoraggiare il ricorso al momento giurisdizionale per la risoluzione di dispute o questioni che possono insorgere nell'esecuzione dell'appalto, al fine di evitare che l'incidente giurisdizionale comprometta o ritardi la realizzazione

dell'intervento. Per i lavori diretti alla realizzazione di opere pubbliche d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria, l'art. 6 prevede infatti che il CCT debba essere obbligatoriamente costituito “*per la rapida risoluzione delle controversie o dispute tecniche di ogni natura suscettibili d'insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso*”. L'istituzione rimane facoltativa per i lavori sotto soglia.

Se si guarda ai diversi istituti giuridici che il legislatore ha pensato d'impiegare per accompagnare la realizzazione del Piano, la prima considerazione da fare è che, tanto l'impiego della figura del commissario, quanto degli altri meccanismi sostitutivi che consentono di portare a conclusione i procedimenti spostando verso l'alto il livello decisionale, non sono una novità, ma solo la generalizzazione, per le opere PNRR e PNC, di tali misure. Altrettanto può dirsi per la stessa limitazione del possibile contenuto della tutela giurisdizionale. In tutti questi casi, si è sostanzialmente di fronte ad una estensione di norme e istituti già dettati per altre situazioni: per l'impiego dei commissari è esplicito il rinvio all'art 4 del d.l. 18 4 2019 n. 32; per il superamento del dissenso il modello è quello dell'avocazione ormai generalmente prevista dall'art 14 quinquies della l. 241/1990; anche per la limitazione dei poteri del giudice si estende la norma già dettata a suo tempo per le infrastrutture strategiche e codificata nell'art 125 c.p.a..

Anche il CCT, di per sé, non è una novità assoluta, ma, in questo caso, la disciplina non si limita al mero richiamo o adattamento di un istituto predefinito nella sua struttura giuridica. La disciplina recata dal decreto semplificazioni (d.l. 76/2020), come modificata e integrata dal decreto semplificazioni - *bis* o *governance* PNRR (d.l. 77/2021), si presenta fortemente innovativa e lascia chiaramente intendere che, nelle intenzioni del legislatore, l'istituto dovrebbe assumere un ruolo assolutamente strategico nell'ambito delle misure di accompagnamento strumentali alla garanzia di realizzazione del PNRR.

2. Ragioni della difficoltà d'inquadramento sistematico dell'istituto.

Nonostante l'attenzione che viene adesso specificamente dedicata all'istituto dal legislatore e il ruolo strategico che gli viene attribuito per garantire la realizzazione degli interventi infrastrutturali del PNRR, dire esattamente cosa sia il CCT e, soprattutto, che natura ed efficacia abbiano le sue decisioni, non è cosa semplice.

Per diverse ragioni.

Innanzitutto perché le nuove norme, per quanto dedichino particolare attenzione all'istituto, risultano comunque scarse, lacunose e contraddittorie. Le disposizioni recate dagli articoli 5 e 6 del d.l. 76/2020 attribuiscono al Collegio funzioni e compiti eterogenei; prevedono che esso emani atti aventi natura ed efficacia profondamente diverse (pareri, determinazioni, atti aventi natura di lodo irrituale); ne prevedono la costituzione, a seconda dei casi, come obbligatoria o facoltativa; quando obbligatoria, richiedono necessariamente la presenza dell'operatore economico all'interno dell'organismo, anche se la funzione di questo è limitata alla sola consulenza.

Per quanto la preparazione e l'intelligenza dell'interprete possano, sotto questo profilo, cercare di armonizzare la ricostruzione del dato normativo, vi sono in ogni caso perlomeno

due altre ragioni che, oggettivamente, impediscono di rispondere in maniera precisa all'interrogativo sulla natura del CCT e delle sue decisioni.

La prima è proprio nel fatto che, come detto, la figura s'iscrive chiaramente nel novero delle misure di "de -giurisdizionalizzazione", pensate cioè per evitare o limitare quanto più possibile il rischio che l'incidente giurisdizionale arresti o ritardi la realizzazione degli interventi previsti nel PNRR o nel PNC. L'istituto generale di riferimento è quindi quello delle cd ADR (*Alternative Dispute Resolution*), categoria pensata appunto per includere le diverse ipotesi in cui dispute o controversie tra le parti vengono definite prima e al di fuori della sede giurisdizionale. Il riferimento alle ADR vuole però dire tutto e niente, stante la irriducibilità delle stesse ADR ad un modello unico. Al di là della radice comune dell'offerta di una "giustizia non giurisdizionale", le varie forme di ADR non sono riducibili a un'unica tipologia perché non sono un fenomeno unitario e sempre uguale a sé stesso. Se si guarda l'esperienza maturata nell'ambito della contrattualistica internazionale, nel quale si origina la figura dei *dispute boards* per accompagnare l'esecuzione dei contratti di durata, si vede subito che i modelli sono diversi e tendono a distinguersi a seconda che abbiano carattere aggiudicativo o assistenziale; a seconda cioè che siano diretti a risolvere una lite insorta tra le parti attraverso categorie assimilabili a quelle giudiziarie ovvero a comporre la controversia attraverso procedure di tipo conciliativo in ragione di criteri equitativi piuttosto che di giustizia. Talora con soggezione agli effetti della decisione, talora con libertà di aderire o meno alla proposta conciliativa. Ferme in ogni caso le garanzie di indipendenza, terzietà e professionalità dei membri, i *dispute boards* possono quindi formulare tanto pareri o raccomandazioni non vincolanti (*Dispute Review Board – DRB*), quanto possono assumere decisioni immediatamente vincolanti per le parti (*Dispute Adjudicative Board – DAB*).

Oltre a quella della mancanza, nell'esperienza delle ADR, di un unitario modello di riferimento, l'ulteriore ragione che rende fortemente problematico l'innesto dell'istituto nell'ordinamento pubblicistico è che forme e strumenti di "giustizia non giurisdizionale", che di per sé non sono certamente ignoti al nostro sistema di diritto amministrativo, sono tuttavia fortemente condizionati dal vincolo d'indisponibilità gravante sull'esercizio del pubblico potere finalizzato alla cura del pubblico interesse. Il che, per tradizione, porta a circoscrivere l'ambito all'esperienza dei ricorsi amministrativi, rimedi a carattere decisorio in cui non viene però garantita la terzietà del giudicante rispetto alle parti. La possibilità di impiegare rimedi alternativi, che possono ritenersi espressivi non già di autotutela amministrativa, ma di una logica partecipativa e consensuale, è quindi generalmente consentita nei soli casi in cui le questioni riguardino situazioni disponibili di diritto soggettivo. L'art 12 c.p.a. afferma chiaramente che "*le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti cpe*". Il Codice dei contratti pubblici dedica un apposito capo, il secondo, titolo dedicato al Contenzioso, nella parte VI del Codice ai rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, prevedendo le figure dell'accordo bonario (art 205), della transazione (art. 208) e dell'arbitrato (art. 209), oltre che del parere precontenzioso ANAC (art. 211).

Chiarire che sono deducibili in arbitrato le sole controversie che riguardino situazioni (giuridiche soggettive) disponibili, circoscrivendo in tale ambito l'operatività delle ADR, non basta però a risolvere tutti i problemi, in quanto in ambito pubblicistico, al di là dei vincoli modali derivanti dalle previsioni specificamente recate dall'art. 209, bisogna comunque fare i conti con i limiti che in linea di principio derivano dal divieto di arbitrato obbligatorio^[iii] e dalla preclusione del ricorso all'arbitrato irrituale^[iv]. Il principio della libera disponibilità

esclude che, in assenza di una espressa volontà della parte, l'arbitrato possa essere reso obbligatorio per effetto di una norma di legge; il medesimo principio, per altro verso, non è però tale da giustificare anche che l'arbitrato si svolga nelle forme irrituali, perlomeno in assenza di una espressa previsione o disciplina di legge.

La mancanza di un unitario modello di riferimento, l'assorbimento dei rimedi non giurisdizionali nell'ambito dell'autotutela amministrativa e l'esclusione della possibilità di decidere le liti concernenti situazioni disponibili nelle forme dell'arbitrato irrituale o rendendo obbligatorio *ex lege* il ricorso all'arbitrato sono tre fattori che allo stato impediscono un coerente inquadramento sistematico dell'istituto sulla base delle figure tradizionalmente note.

3. Focus sulla normativa specifica del Collegio consultivo tecnico.

I dati salienti che immediatamente si ricavano dalle disposizioni recate dagli articoli 5 e 6 del d.l. 76/2020 e successive modifiche e integrazioni sono apparentemente incoerenti.

La costituzione del Collegio è obbligatoria per i lavori d'importo pari o sopra soglia, ma rimane facoltativa per quelli sotto soglia; i membri del Collegio devono essere nominati da entrambe le parti, ma in caso di disaccordo alla nomina del Presidente provvede unilateralmente la parte pubblica; il Collegio deve essere formato assicurando eterogeneità, esperienza e qualificazione professionale dei membri, ma questi possono essere anche legati da rapporti di lavoro o collaborazione con le parti; il Collegio rende pareri o determinazioni aventi natura di lodo arbitrale irrituale ai sensi dell'art. 808 ter c.p.c.; l'acquisizione del parere in alcuni casi è obbligatoria, in altri rimane facoltativa; l'osservanza o inosservanza delle pronunce rese dal Collegio influisce in ogni caso sulla responsabilità contrattuale ed erariale e sul regime delle spese del contenzioso giurisdizionale che venga eventualmente intrapreso successivamente.

Attesi i già ricordati divieti di istituire forme di arbitrato obbligatorio ed irrituale, il solo fatto che l'istituzione del Collegio possa essere ritenuta obbligatoria e che le pronunce possano avere valore ed efficacia di lodo irrituale basta a rendere immediatamente l'idea di come sia problematico l'impiego della figura in ambito pubblicistico. La possibilità che il Collegio assuma determinazioni aventi natura di lodo contrattuale rivelerebbe un carattere decisorio, ovvero aggiudicativo, che mal si concilierebbe con una pura e semplice funzione di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili d'insorgere nell'esecuzione del contratto, che lascerebbe chiaramente propendere nel senso di una natura non aggiudicativa del *board*.

Le linee guida elaborate dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici ed adottate dal MIMS con d.m. n. 12 del 17 gennaio 2022 (*Adozione delle Linee guida per l'omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del Collegio consultivo tecnico*) hanno cercato di completare la trama normativa disegnata dalla fonte primaria riempiendone i vuoti. Non solo. Hanno soprattutto fornito una chiave interpretativa che spiega le apparenti contraddizioni con il fatto che il legislatore ha volutamente tenuto insieme i possibili modelli, preoccupandosi di creare le condizioni per l'ammissibilità dell'istituto in ambito pubblicistico e rimettendo alla

scelta delle parti l'opzione per un modello puramente consultivo o aggiudicativo in modo che potessero tener conto delle specificità del caso concreto.

Particolare importanza in tal senso assumono le norme recate nell'ambito del paragrafo terzo (*"Insediamento, funzioni e competenze"*), che richiamano l'attenzione sull'importanza del verbale attestante l'effettivo insediamento del Collegio, per il fatto che in questo momento le parti sono chiamate a consumare la scelta se attribuire o meno alle determine del Collegio valore di lodo arbitrale ai sensi dell'art 808 ter c.p.c.. Il CCT può infatti operare come collegio arbitrale solo se il consenso sia stato ritualmente prestato dalle parti ai sensi dell'art. 6 comma 3 del d.l. 76/2020, norma avente forza e valore di legge che dispone che le determinazioni del Collegio hanno natura del lodo contrattuale previsto dall'art 808 ter c.p.c. *"salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse"*. La previsione recata dalle linee guida, lungi dal porsi in contraddizione con quelle di rango primario, è chiaramente volta a creare certezza sulla effettiva e consapevole volontà delle parti al riguardo e si spiega in ragione del fatto che l'arbitrato non può essere imposto alle parti obbligatoriamente e richiede, specie se irrituale, accettazione espressa e in forma scritta della clausola arbitrale^[v]. La chiara ed espressa dichiarazione di volontà delle parti sul punto è dunque necessaria per evitare che l'attività che verrà successivamente svolta dal CCT possa essere eventualmente invalidata lamentando il fatto che le determine con valore di lodo contrattuale siano state adottate senza una positiva enunciazione in forma scritta di una volontà in tal senso. Questo spiega anche perché le linee guida richiedano in questo momento anche la comparizione dei rappresentanti delle parti, dei quali il Collegio dovrebbe pertanto assicurarsi siano munite del potere di rappresentanza idoneo ad impegnare sotto questo profilo la parte. Le linee guida non recano disposizioni di dettaglio per quel che riguarda tempi e modi di svolgimento del contraddittorio sui quesiti posti; ma, tenendo presente che il termine a disposizione del Collegio per pronunciare sui quesiti posti è di quindici o massimo venti giorni (dalla formulazione dei quesiti), il verbale potrebbe rappresentare la sede opportuna anche per prevedere una eventuale disciplina di dettaglio, specie nel caso le parti optino per attribuire la natura di lodo contrattuale alle determinazioni del Collegio.

Anche se le parti abbiano manifestato espressamente la volontà di attribuire alle determine del CCT valore di lodo arbitrale ai sensi dell'art 808 ter cpc, va tuttavia precisato che non tutte le questioni possono essere decise con tale efficacia. Sotto questo profilo, le Linee guida chiariscono che possono essere decise con valore di lodo irrituale le sole questioni che sarebbero altrimenti oggetto semplicemente di un parere facoltativo, da rendere su *"controversie e dispute tecniche di ogni natura"* ai sensi dell'art 6 dl 76/2020. Restano infatti escluse le questioni che sono oggetto di parere obbligatorio ai sensi dell'art 5 del dl 76/2020 per i casi di sospensione volontaria o obbligatoria dell'esecuzione dei lavori, salva la sola ipotesi di cui alla lett. C) dell'art. 5 del dl 76/2020 (*"sospensione per gravi ragioni d'ordine tecnico ... in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti"*). Non possono essere quindi decise con efficacia di lodo arbitrale irrituale le questioni relative a sospensione dell'esecuzione dei lavori derivante dall'applicazione di disposizione di legge penale, del codice antimafia e delle misure di prevenzione di cui al d lgs 159/2011 o da vincoli inderogabili posti da fonti dell'Unione europea; oppure determinata da gravi ragioni di ordine pubblico o di salute pubblica; o ancora da gravi ragioni di pubblico interesse. In tutti questi casi è infatti evidente che non si è in presenza di interessi disponibili delle parti, vuoi perché la decisione amministrativa è vincolata a monte dalla norma di legge penale o unionale, vuoi perché sussiste un forte margine di apprezzamento discrezionale circa la sussistenza di ragioni di pubblico interesse; ed è pertanto esclusa la possibilità di devolvere in arbitrato le

relative questioni. Nulla è invece espressamente detto con riferimento all'ipotesi di cui al comma 4 dell'art. 5 del dl 76/2020, che prevede che il CCT renda “*parere*” preliminare rispetto alla decisione di risolvere il contratto “*nel caso in cui la prosecuzione dei lavori per qualsiasi motivo ... non possa procedere con il soggetto designato ... salvo che per gravi motivi tecnici ed economici sia comunque ... possibile o preferibile proseguire con il medesimo soggetto*”. La possibilità di pronunciare in tal caso con efficacia di lodo irrituale sembrerebbe comunque preclusa non solo dall'impiego del termine “*parere*”, ma anche dal fatto che la decisione circa la risoluzione del contratto rimane espressamente riservata alla stazione appaltante^[vi].

Anche con riferimento al problema del rapporto con gli altri rimedi, le linee guida offrono un importante chiarimento, precisando che, se le parti hanno riconosciuto natura di lodo contrattuale alla decisione del CCT, il rimedio è alternativo all'accordo bonario.

4. Una ipotesi ricostruttiva

4.1. Il quadro apparentemente problematico e contraddittorio disegnato dalla normazione primaria non deve scoraggiare l'interprete perché le difficoltà d'inquadramento e di coordinamento con istituti preesistenti si verificano praticamente tutte le volte in cui si introducono nuovi meccanismi di *adr* con l'intento di de-giurisdizionalizzare la decisione o composizione di una lite. L'attenzione è portata a concentrarsi sull'efficacia e sull'utilità della nuova figura, piuttosto che sulla sua coerenza sistematica, perché un rimedio *adr* nasce atipico quasi per definizione; e a questo dato, in ambito pubblicistico, si aggiunge il profilo problematico della sua ammissibilità, originato dalla limitata disponibilità delle situazioni soggettive.

Le linee guida aiutano a capire che il legislatore ha inteso tenere insieme più modelli, preoccupato di consentire l'ingresso rimedio in ambito pubblicistico, lasciando alle parti la scelta di quale di volta in volta adottare nel caso concreto. Dalla scelta del modello aggiudicativo o consultivo deriva poi un regime giuridico a tratti differenziato in punto di natura ed efficacia giuridica delle decisioni e del collegio stesso. Vedendo il fenomeno nel suo complesso, l'impressione che si ha è dunque che non si è di fronte a un tipico organismo arbitrale, né ad un tipico organismo di mediazione o conciliazione, né ad un tipico organismo consultivo, ma che si sia di fronte ad un organismo giustiziale di diritto pubblico atipico. Volendo avere una visione unitaria, l'idea è che il CCT rappresenti una forma di espressione di funzione giustiziale amministrativa, contaminata dalla necessaria partecipazione del soggetto interessato nell'organismo decisionale e dall'attribuzione a quest'ultimo del potere di pronunciare in maniera irrituale. Il profilo è senz'altro meritevole di ben altro approfondimento sotto il profilo della trattazione scientifica, ma si può comunque provare a spiegare un po' meglio l'idea anche solo nell'ambito di queste note.

Le uniche figure di *adr* finora ritenute ammissibili in ambito pubblico sono state i ricorsi amministrativi e gli arbitrati rituali.

I ricorsi amministrativi (in opposizione, gerarchico, gerarchico improprio e, volendo, ricorso straordinario al Capo dello Stato) vengono sempre decisi da organi amministrativi, ai quali l'interessato rivolge la sua domanda di giustizia. Non solo il decidente non è un vero giudice,

terzo e imparziale, ma l'interessato non partecipa nemmeno alla formazione della decisione. Può solo domandare e la decisione viene presa, unilateralmente, dall'Amministrazione.

Anche nel caso del CCT, la costituzione dell'organo non ha base negoziale, ma legale. La regola, per gli appalti sopra soglia, è che l'organo deve essere necessariamente costituito presso la stazione appaltante, che decide se il collegio debba essere costituito da tre o cinque membri. In caso di disaccordo sulla nomina del Presidente, la nomina è riservata alla parte pubblica ed è sempre la parte pubblica (stazione appaltante) a prendere unilateralmente la decisione quando l'istituzione è facoltativa (*ante operam*). E' quindi un organo consultivo costituito per assicurare la realizzazione dell'interesse pubblico primario alla esecuzione dell'opera pubblica, che rende pareri obbligatori nelle ipotesi di sospensione di cui all'art 5 e facoltativi in tutti gli altri casi. Pareri che, a seconda dei casi (808 ter cpc), possono essere vincolanti o meno per la definizione di una controversia tra stazione appaltante e operatore economico. In alcuni casi, cioè, decidono (significativamente in tali casi le disposizioni usano la locuzione "determinazione" e non "parere"); in altri suggeriscono la decisione. È dunque un organo consultivo necessario, che però non rende solo pareri, ma può anche assumere vere e proprie decisioni. Se ci si fermasse a questa sola considerazione, il cumulo di funzioni consultive e decisorie non rappresenterebbe una novità assoluta nel nostro Ordinamento, dal momento che il sistema dei ricorsi amministrativi e della giustizia amministrativa più complessivamente considerata già ammette e tollera l'ipotesi che un unico soggetto (a cominciare dal Consiglio di Stato) possa cumulare esercizio di funzione giurisdizionale e consultiva.

I veri elementi di novità o, se si preferisce, di rottura rispetto allo schema tipico dei ricorsi amministrativi, noti in ambito pubblico come *adr*, sono due.

Il primo è quello della necessaria partecipazione, come componente dell'organo decidente, dell'operatore economico, e cioè della parte privata direttamente interessata (*rectius*: di membri da questa nominati). La decisione, parere o determinazione che sia, non viene presa più unilateralmente dalla sola amministrazione. Rispetto al sistema dei ricorsi amministrativi, s'introduce l'elemento della consensualità, in luogo della unilateralità, nella decisione sul ricorso (o nella resa del parere).

L'altro elemento di novità o di rottura che si coglie, con riferimento alle forme di *adr* ritenute ammissibili in ambito pubblico, riguarda la possibilità d'impiego della forma dell'arbitrato irrituale. La rottura rispetto all'impiego tradizionale del modello arbitrale non risiede nel fatto che si introduce una forma di arbitrato obbligatorio, cosa che non avviene (è obbligatoria la costituzione del Collegio, non la decisione in forma arbitrale, che dipende pur sempre dalla concorde volontà delle parti); ma nel fatto che una norma di legge consente che, perlomeno nell'attuale contingenza storica, dispute o controversie con la PA possano essere decise anche a mezzo di un arbitrato irrituale. La previsione legislativa predetermina requisiti e modalità di scelta degli "arbitri" (art 6, comma 2) e delinea i tratti essenziali del procedimento (art. 6, comma 3), sottraendo entrambi i profili ad una assoluta libertà negoziale e superando con ciò le riserve più volte formulate dalla Corte di Cassazione e legittimando così l'ingresso della figura in ambito pubblicistico.

Dunque, un rimedio giustiziale sicuramente atipico in ambito pubblicistico per il fatto che la norma di legge consente che dispute e controversie vengano risolte di comune accordo anche in forma irrituale.

Rimossi i limiti di forma e procedura altrimenti ostativi all'ingresso dello strumento in ambito pubblicistico, nella migliore tradizione delle *adr* il legislatore si è poi preoccupato essenzialmente di garantire l'efficacia e l'effettiva utilità della nuova figura, senza preoccuparsi troppo di avere un modello unico di riferimento.

Ecco così che, a seconda dei casi, il CCT può emanare semplicemente pareri che si auspica le parti osservino convinti dalla particolare competenza dei membri del Collegio, oppure può emanare vere e proprie decisioni vincolanti per le parti (può cioè avere, secondo il linguaggio delle *adr*, sia carattere assistenziale, che aggiudicativo); ecco che i membri devono essere particolarmente competenti e qualificati, ma possono anche essere in qualche modo legati da un rapporto con la parte; ecco che il CCT sembra poter decidere secondo diritto o anche secondo equità o in via conciliativa, come lascerebbero intendere anche la sostanziale riproposizione della norma sulle spese processuali prevista per la mediazione civile dall' art 13 d.lgs. 28/2010 e la previsione dell'onere della "*scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte*" che tende a svincolare la decisione dalla domanda delle parti; ecco che i pareri possono essere anche non vincolanti, ma in ogni caso condizionano fortemente il regime della responsabilità erariale; ecco che la stessa istituzione del CCT è di regola obbligatoria per gli appalti pari o sopra soglia, ma diventa facoltativa *ante operam* e per gli appalti sotto soglia.

Tutti elementi di un *puzzle* che, alla fine, presenta una nuova e atipica forma di *adr*, risultante dalla contaminazione del rimedio giustiziale amministrativo con gli elementi tipici privatistici del consenso e della irrivalenza delle forme.

5. Osservazioni conclusive: il Collegio consultivo tecnico di fronte all'alternativa tra l'essere una reale misura di semplificazione ed efficienza o un inutile aggravamento amministrativo.

Le norme non sono del tutto chiare e appaiono a tratti contraddittorie, ma le antinomie derivanti dalla lettera o dal senso logico delle espressioni impiegate possono e devono esser risolte seguendo il criterio interpretativo della finalità perseguita dal legislatore.

Il criterio teleologico rende evidente come la *ratio* normativa sia quella di estendere in ambito pubblicistico una forma atipica di *adr*, diversa dai ricorsi amministrativi e dall'arbitrato, in modo da avere uno strumento in grado di garantire "*la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili d'insorgere nell'esecuzione del contratto*" e di "*favorire, nella risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche eventualmente insorte, la scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte*", per non pregiudicare il raggiungimento degli obiettivi individuati nel PNRR e nel NGEU.

L'istituto non viene pensato come misura deflattiva del contenzioso, finalizzata ad evitare l'aggravio dei carichi di lavoro dei tribunali ordinari e a rinverdire la stagione dei giudizi arbitrali per accertare maggiori compensi o risarcimenti all'operatore economico. Al contrario, l'istituto è pensato proprio per rendere l'esecuzione del contratto impermeabile e insensibile alla lite, per evitare cioè che si originino situazioni contenziose che possano ritardare o pregiudicare la realizzazione dell'opera pubblica PNRR o che, una volta ultimata, possano aumentarne il costo finale *secundum eventum litis*. Risulta quindi espressamente

concepito come rimedio finalizzato ad assicurare la tutela in forma specifica dell'interesse alla realizzazione dell'opera. La chiave di volta dell'operazione è tutta nella particolare competenza e qualificazione che viene richiesta ai membri del collegio. Questo deve infatti essere composto in maniera da assicurare al suo interno la presenza di tutte le professionalità necessarie per decidere qualsiasi disputa o controversia, senza possibilità di avvalersi di consulenze tecniche d'ufficio e deve prendere le proprie decisioni in termini strettissimi (15 – 20 giorni). E questo anche quando si chiedi di pronunciare non un semplice parere, ma un vero e proprio lodo arbitrale.

Ai membri del collegio può essere quindi chiesto di pronunciarsi in un tempo nemmeno paragonabile a quello di un arbitrato o meno che mai di un giudizio ordinario e senza nemmeno la possibilità di avvalersi di consulenze specialistiche esterne per l'attività istruttoria. Ed è evidente che la scommessa può funzionare solo se si assicura un elevato standard qualitativo delle professionalità coinvolte.

Non sembra però che tutti i segnali vadano in tal senso.

Il recepimento delle linee guida, licenziate dal CSLP già a ottobre del 2021, è stato a lungo ritardato attendendo che la legge 29 12 2021 n. 233 (di conversione del dl 6 11 2021 n. 152 recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza – PNRR e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose) modificasse l'art 6 del d.l. 76/2020 introducendo il comma 7 bis, che ha disposto che “*In ogni caso, i compensi dei componenti del collegio consultivo tecnico, determinati ai sensi del comma 7, non possono complessivamente superare:*

a) in caso di collegio consultivo tecnico composto da tre componenti, l'importo corrispondente allo 0,5 per cento del valore dell'appalto, per gli appalti di valore non superiore a 50 milioni di euro; tale percentuale e' ridotta allo 0,25 per cento per la parte eccedente i 50 milioni di euro e fino a 100 milioni di euro e allo 0,15 per cento per la parte eccedente i 100 milioni di euro;

b) in caso di collegio consultivo tecnico composto da cinque componenti, l'importo corrispondente allo 0,8 per cento del valore dell'appalto, per gli appalti di valore non superiore a 50 milioni di euro; tale percentuale e' ridotta allo 0,4 per cento per la parte eccedente i 50 milioni di euro e fino a 100 milioni di euro e allo 0,25 per cento per la parte eccedente i 100 milioni di euro”.

All'atto pratico, ciò ha implicato la riduzione di circa due terzi del compenso stimabile in base al testo originario delle linee guida, che avevano previsto e continuano a prevedere che il compenso debba essere composto da una parte fissa proporzionata al valore dell'opera e da una parte variabile in ragione della quantità e dell'attività concretamente svolta con il limite che il compenso complessivamente riconosciuto a ciascun componente non può comunque superare il triplo della parte fissa (cfr. par. 7.2. linee guida). Soprattutto, ha implicato il completo azzeramento del corrispettivo che dovrebbe esser dovuto per la parte variabile, che dovrebbe cioè dipendere dalla qualità e quantità delle prestazioni effettivamente rese dal collegio, dal momento che, nella generalità dei casi, il tetto così imposto implica che la sola parte fissa già consumi il massimo della somma disponibile. Il corrispettivo è stato così reso completamente indifferente rispetto alla durata dell'appalto e all'impegno concretamente richiesto per qualità e quantità delle prestazioni rese. A dispetto della chiara previsione recata dal comma 7 dell'art 6 del d.l. 76/2020 secondo la quale “*i componenti del collegio consultivo tecnico hanno diritto a un compenso a carico delle parti e proporzionato al valore dell'opera, al numero, alla qualità*

e alla tempestività delle determinazioni assunte”. Disincentivare l’assunzione dell’impegno e delle responsabilità connesse all’esercizio della funzione non pare in linea con gli obiettivi che ci si prefigge di raggiungere attraverso l’istituto.

Un secondo fattore di rischio per il raggiungimento dell’obiettivo perseguito dal CCT può derivare da un approccio manifestamente superficiale all’istituto da parte della giurisprudenza, specie se questa si mostra non sufficientemente preparata e poco incline a confrontarsi con il carattere innovativo della figura come in precedenza delineato e ricostruito.

Già si è detto della (non necessaria e) distratta lettura delle norme primarie nel caso si debba procedere alla risoluzione del contratto “*per qualsiasi motivo*” da parte della Sezione Quinta del Consiglio di Stato (sent. 4650/2022). Ad essa si può aggiungere la mancata comprensione delle ragioni che hanno indotto le linee guida a dettare criteri restrittivi per la nomina dei presidenti dei CCT, manifestata dal TAR Lazio con l’ord.za 2585 del 19 aprile 2022, che ha censurato le linee guida nella parte in cui determinano “*la impossibilità per gli avvocati del libero Foro di essere nominati Presidenti di istituendi Collegi*”. La “*esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell’opera*” e la “*comprovata esperienza nel settore degli appalti delle concessioni e degli investimenti pubblici*” sono requisiti richiesti non dalle linee guida, ma dalla stessa fonte primaria (l’art 6 del d.l. 76/2020) che ne ha poi demandato la declinazione in concreto alle linee guida. La limitazione operata dalle linee guida, all’accesso alla funzione di presidente (non anche di componente) del CCT, non ha interessato solo la categoria professionale degli avvocati, ma tutte le categorie astrattamente abilitate dalla norma primaria: “*ingegneri, architetti, giuristi ed economisti*”. Per nessuna di tali professioni la semplice iscrizione all’albo consente di assumere l’incarico in seno ad un CCT e rimane pertanto difficile comprendere perché ciò possa essere invece essere consentito ad un avvocato che di fatto si è magari specializzato in diritto di famiglia o altra materia che poco o nulla abbia a che fare con la materia delle opere pubbliche. Questa e non altra sembrerebbe la conclusione raggiunta dal TAR “*a seguito di approfondita riflessione (assumendo che) non risulta, prima facie, espressione di un corretto e ragionevole esercizio della discrezionalità riconosciuta ... in relazione all’individuazione dei requisiti professionali del Presidente dell’anzidetto Collegio*”, ritenendo irragionevole la mancata equiparazione della categoria degli avvocati del libero foro a quella dei “*dirigenti di stazioni appaltanti con personalità giuridica di diritto privato soggette all’applicazione del codice dei contratti pubblici*” senza rendersi conto che per quest’ultima è assolutamente ragionevole presumere la richiesta esperienza nel settore degli appalti e delle concessioni regolate dal codice dei contratti pubblici. Insomma, non si può presiedere un CCT se non si ha specifica e comprovata esperienza professionale in materia di appalti pubblici, ma la pronuncia sembra essere di diverso avviso.

La normativa speciale per il P.N.R.R. ha dunque posto le premesse per introdurre nel nostro ordinamento un meccanismo di mediazione e conciliazione destinato ad operare in ambito pubblicistico, che avrebbe lo scopo di tutelare l’interesse specifico alla realizzazione dell’opera a regola d’arte e nei tempi programmati, componendo sul nascere i conflitti tra operatore economico e stazione appaltante. Anche la legge delega per il nuovo codice dei contratti pubblici continua a muoversi su questa linea, dal momento che ha esplicitamente inserito tra i principi e criteri direttivi “*l’estensione e il rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in fase di esecuzione del contratto*”. L’estensione e il rafforzamento delle *admn* materia di contratti pubblici passa dunque per l’esperienza del CCT, ma è evidente che se si vuole che l’istituto svolga efficacemente la sua missione bisogna crederci e valorizzarlo, e non disincentivarlo e banalizzarlo. Altrimenti è meglio lasciar

perdere, perché si aumenterebbe soltanto la confusione già esistente e si aggraverebbero inutilmente le procedure.

Riferimenti bibliografici

M. Ramajoli, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir.proc. amm.*, 2/2015; Id., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Dir amm.*, 1/2014; **M. Calabrò**, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 61 ss; **V. Caputi Jambrenghi**, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; **M. Nunziata**, *Il dispute board nei contratti di appalto internazionali. Prospettive di prevenzione e di risoluzione delle controversie*, Torino, 2021; **G.G. Franco**, *Il dispute board e l'ordinamento arbitrale italiano. Test di compatibilità*, in *Riv. Trim. App.*, 2019, 539 ss; **M. Padovan**, *In merito al collegio consultivo tecnico, alcuni spunti comparatistici*, in *Riv. Trim.app.*, 2017, 7 ss; **R. Carleo**, *La prevenzione delle controversie negli appalti (DAiC – Dispute Avoidance in Construction)*, in *Dir. Soc.*, 2019, 527 ss; **L. Klee**, *International Construction Contract Law*, Oxford, 2015; **C. Calabresi**, *Il Dispute board nei contratti internazionali d'appalto*, in *Dir. Comm. Int.*, 2009, 758 ss;; **F.Francario, M. Sessa, A. Zambrano** (a cura di), *Linee guida per l'applicazione delle funzioni del collegio consultivo tecnico*, Roma, DEI, 2021; **F.Francario**, *La natura delle determinazioni del collegio consultivo tecnico*, in *L'amministrativista. Il portale sugli appalti e i contratti pubblici*, 23 marzo 2021; **G.Volpe**, *Il collegio consultivo tecnico. Un istituto dai confini ancora incerti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020; **G. Contessa**, *Le novità del decreto semplificazioni, ovvero nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un codice?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020; **G. Tropea, A. Giannelli**, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una semplificazione in chiaroscuro tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale*, in *Munus*, 2/2020; **A. Coiante, S. Tranquilli**, *Semplificare per resistere. Il d.l. "semplificazioni – governance" n. 77/2021 e i contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme*, 29 giugno 2021; **A.M. Colarusso**, *Il decreto legge "semplificazioni": alcune novità in tema di esecuzione dei contratti pubblici*, in *Amministrativ@mente*, 4/2020.

[1] Non si tratta di una novità assoluta. Dando attuazione alla legge delega del codice dei contratti pubblici (l. 28 gennaio 2016, n. 11), che all'art. 1, comma 1, lett. aaa) aveva previsto tra i principi e i criteri direttivi specifici la "razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto..." l'istituto era stato già introdotto dall'art. 207 del codice dei contratti pubblici come istituto precontenzioso di carattere facoltativo "con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura...".

Nel parere reso dalla Commissione speciale nell'adunanza del 21 marzo 2016, n. 855 sullo schema di decreto legislativo poi divenuto il d.lgs. n. 50/2016, il Consiglio di Stato aveva però sollevato più di un dubbio sulla figura, soprattutto in ragione della mancata definizione dei rapporti con gli altri rimedi precontenziosi già esistenti, e ne aveva proposto la soppressione.

Le osservazioni del Consiglio di Stato non erano state recepite dal Governo, ma l'istituto veniva soppresso dal successivo decreto correttivo (l'art. 207 del d.lgs. n. 50/2016 viene infatti abrogato dall'art. 121, comma 1, del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56).

L'istituto rinasce due anni dopo ad opera del decreto c.d. sblocca cantieri. L'art. 1, commi da 11 a 14, della l. 14 giugno 2019, n. 55, di conversione, con modificazioni, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, ne prevede la costituzione facoltativa su accordo delle parti, con le medesime funzioni di cui al codice dei contratti pubblici, ma in via temporanea, ossia fino alla data di entrata in vigore del regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del codice dei contratti pubblici, di cui all'art. 216, comma 27-octies, del codice.

Differentemente da quanto originariamente stabilito dall'art. 207, comma 6 del d.lga 50/2016, il quale disponeva che “*se le parti accettano la soluzione offerta dal collegio consultivo...l'accordo sottoscritto vale come transazione*”, il decreto sblocca cantieri prevedeva che “*L'eventuale accordo delle parti che accolga la proposta di soluzione indicata dal collegio consultivo non ha natura transattiva, salva diversa volontà delle parti stesse*” (art. 1, comma 13, terzo periodo, del d.l. n. 32/2019).

Il decreto c.d. “semplificazioni” (d.l. 16 luglio 2020 n. 76, conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120) ne ri-disciplina presupposti e funzioni, in via apparentemente soltanto temporanea e sperimentale (l'originario termine del 31 dicembre 2021 è stato prorogato fino al 30 giugno 2023), negli articoli 5 e 6.

[ii] Sotto questo profilo, il riferimento è al recente intervento operato con il d.l. 7 luglio 2022, n. 85 (*Disposizioni urgenti in materia di concessioni e infrastrutture autostradali e per l'accelerazione dei giudizi amministrativi relativi a opere o interventi finanziati con il Piano nazionale di ripresa e resilienza*), il quale all'art. 3, rubricato “*Accelerazione dei giudizi amministrativi in materia di PNRR*”, detta le seguenti disposizioni:

“1. Al fine di consentire il rispetto dei termini previsti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), qualora risulti anche sulla base di quanto rappresentato dalle amministrazioni o dalle altre parti del giudizio che il ricorso ha ad oggetto qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR, in caso di accoglimento della istanza cautelare, il tribunale amministrativo regionale, con la medesima ordinanza, fissa la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti. In caso di rigetto dell'istanza cautelare da parte del tribunale amministrativo regionale, ove il Consiglio di Stato riformi l'ordinanza di primo grado, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la fissazione dell'udienza di merito. In tale ipotesi, si applica il primo periodo del presente comma e il termine di trenta giorni decorre dalla data di ricevimento dell'ordinanza da parte della segreteria del tribunale amministrativo regionale, che ne dà avviso alle parti. Nel caso in cui l'udienza di merito non si svolga entro i termini previsti dal presente comma, la misura cautelare perde efficacia, anche qualora sia diretta a determinare un nuovo esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione.

2. Nella decisione cautelare e nel provvedimento di fissazione dell'udienza di merito, il giudice motiva espressamente sulla compatibilità della misura e della data dell'udienza con il rispetto dei termini previsti dal PNRR.

3. Le pubbliche amministrazioni sono tenute a rappresentare che il ricorso ha ad oggetto una procedura amministrativa che riguarda interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR.

4. Sono parti necessarie dei giudizi disciplinati dal presente articolo le amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel PNRR, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera l), del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 109, per le quali si osservano le disposizioni delle leggi speciali che prescrivono la notificazione presso gli uffici dell'Avvocatura dello Stato. Si applica l'articolo 49 del codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

5. Ai procedimenti disciplinati dal presente articolo si applicano, in ogni caso, gli articoli 119, secondo comma, e 120, nono comma, del codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

6. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche nei giudizi di appello, revocazione e opposizione di terzo.

7. All'articolo 48, comma 4, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 109:

a) dopo le parole «di cui al comma 1» sono aggiunte le seguenti: «e nei giudizi che riguardano le procedure di progettazione, autorizzazione, approvazione e realizzazione delle opere finanziate in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e relative attività di espropriazione, occupazione e di asservimento, nonché in qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR»;

b) dopo le parole «al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.» sono aggiunte le seguenti: «In sede di pronuncia del provvedimento cautelare si tiene conto della coerenza della misura adottata con la realizzazione degli obiettivi e il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR.».

8. Nelle ipotesi in cui, prima della data di entrata in vigore del presente decreto, la misura cautelare sia già stata concessa, qualora il ricorso abbia ad oggetto qualsiasi procedura amministrativa che riguardi opere o interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR, l'udienza per la discussione del merito è anticipata d'ufficio entro il termine del comma 1. In tale ipotesi si applicano le ulteriori disposizioni contenute nel presente articolo”.

[iii] Cfr. Corte cost. 13 giugno 2018 n. 123: “Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, le ipotesi di arbitrato previste dalla legge sono illegittime solo se hanno carattere obbligatorio, e cioè impongono alle parti il ricorso all'arbitrato, senza riconoscere il diritto di ciascuna parte di adire l'autorità giudiziaria ordinaria (sentenze n. 221 del 2005, n. 325 del 1998, n. 381 del 1997, n. 152 e n. 54 del 1996, n. 232, n. 206 e n. 49 del 1994, n. 488 del 1991, n. 127 del 1977). In particolare, con la sentenza n. 127 del 1977, che ha dato avvio al predetto

orientamento, questa Corte ha affermato il principio secondo cui la “fonte” dell’arbitrato non può essere individuata in una legge ordinaria o in una volontà autoritativa, «perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all’art. 24, primo comma, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell’art. 102, primo comma”.

[iv] *Ex multis v. Cass., Sez. III, 08 aprile 2020 n. 7759: “non basta richiamarsi alla natura privatistica degli strumenti negoziali adoperati per superare ogni possibile ostacolo all’utilizzabilità dell’arbitrato irrituale nei contratti della pubblica amministrazione. Certamente non v’è alcuna incompatibilità di principio tra la natura pubblica del contraente e la possibilità di un componimento negoziale delle controversie nascenti dal contratto stipulato dalla pubblica amministrazione. Ma resta il fatto che tale componimento, se derivante da un arbitrato irrituale, verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali, appunto) individuati all’interno della medesima logica negoziale, in difetto qualsiasi procedimento legalmente predeterminato e perciò senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta. Quei medesimi soggetti sarebbero destinati poi ad operare secondo modalità parimenti non predefinite e non corredate delle suindicate garanzie di pubblicità e trasparenza”.*

[v] *V. ante, sub note 3 e 4.*

[vi] *In realtà una recente pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. V, 7 giugno 2022 n. 4650) avrebbe escluso la possibilità di rendere anche soltanto il parere in caso di risoluzione per grave inadempimento. L’affermazione, non necessaria ai fini della decisione e contenuta in un *obiter*, appare però fondarsi unicamente sull’assunto apodittico che << la interpretazione preferibile ... induce ad escludere la fattispecie della risoluzione per grave inadempimento dell’appaltatore ... malgrado l’inciso “per qualsiasi motivo”>>. Non è dato sapere quale ragione o percorso argomentativo porti a ritenere “preferibile” una interpretazione che priva di rilevanza la chiara volontà del legislatore di richiedere il parere “nel caso in cui la prosecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo, ... non possa procedere con il soggetto designato ... (e)... la stazione appaltante, previo parere del collegio consultivo tecnico, ... dichiara senza indugio , in deroga alla procedura di cui all’art 108, commi 3 e 4 del d lgs 18 4 2016 n. 50, la risoluzione del contratto ...” (art. 5, c. 4, d.l. 76/2020). Più che a fronte di un’interpretazione *contra legem*, sembrerebbe di essere in presenza di una pura e semplice opzione volitiva, che in realtà non attribuisce alcun significato, nè si sforza minimamente d’interpretare l’inciso “per qualsiasi motivo”; senza nemmeno accorgersi che la procedura di cui all’art. 5 c. 4 è dettata in deroga proprio a quella altrimenti vigente per procedere alla risoluzione del contratto per inadempimento.*

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2159 – 28 gennaio 2022

Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (recensione al fascicolo monotematico dalla Rivista *Diritto e Società* n. 3/2021 “*La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*”)

di Fabio Francario

1.- Veramente innumerevoli sono gli spunti di riflessione critica offerti dalle sentenze gemelle n 17 e 18 rese il 9 novembre 2021 dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul tema (della proroga) delle concessioni balneari.

Il fascicolo monotematico dedicato al tema dalla *Rivista Diritto e Società* n. 3/2021 ne offre un primo immediato compendio grazie all’impegno dei vari Autori che si sono immediatamente cimentati in un commento, quasi a prima lettura, delle pronunce, evidenziando gli spunti problematici per i profili ritenuti di maggior interesse da ciascun Autore.

Il numero speciale si apre con un’ampia introduzione curata da Maria Alessandra Sandulli che, dopo aver sottolineato come nell’occasione l’Adunanza Plenaria abbia (coraggiosamente) elaborato una sua soluzione all’irrisolto problema della proroga delle concessioni “*assumendo sulle proprie spalle il pesante fardello di scelte che competevano e competono piuttosto al potere legislativo*”, opera una preliminare ricostruzione generale del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, nel quale s’innestano le proroghe legislative della scadenza fino al 31 dicembre 2033, la pronuncia Promoimpresa CGUE 14 luglio 2016 e variegata pronunce del giudice amministrativo nazionale. Un ruolo centrale nella ricostruzione del quadro è attribuito alla lettera di messa in mora della Commissione UE del 3 dicembre 2020, con riferimento alla quale la Sandulli sottolinea innanzi tutto che “*la lettera non si è limitata ad affermare l’incompatibilità del modello di “proroga generalizzata e indiscriminata” con il diritto UE, ma ha*

espressamente sottolineato la necessità di individuare “con legge” i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni balneari per garantire il rispetto dei surrichiamati principi”, evidenziando sotto questo profilo la problematica dell’impugnabilità delle pronunce in Cassazione per eccesso di potere giurisdizionale. Sempre la stessa lettera messa in mora escluderebbe poi chiaramente la possibilità di ritenere che tutte le concessioni balneari italiane presentino quell’interesse transfrontaliero certo che imporrebbe l’apertura del mercato unionale e convincimento non dissimile sarebbe manifesto, a detta sempre dell’Autrice, nella stessa sentenza Promoimpresa, che del pari esclude che la condizione di scarsità della risorsa possa o debba ritenersi insita nel nostro bene costiero. Osservazioni che portano a concludere che *“Meglio sarebbe stato allora forse reinterrogare in modo più puntuale la Corte di Giustizia, anche sotto il profilo della possibilità di riconoscere effetti diretti verticali “inversi” della Direttiva al fine di consentire all’amministrazione di applicare immediatamente le sue disposizioni nei confronti dei concessionari”*. L’Autrice passa poi a evidenziare vari profili critici delle sentenze, concludendo con una nota di preoccupazione per i problemi che ne conseguono.

Il contributo di Fabio Ferraro (*Diritto dell’unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell’adunanza plenaria?*) approfondisce i profili relativi ai temi dell’ambito di applicazione del diritto primario dell’Unione, della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva servizi) e della sua efficacia *self-executing*, fino ad arrivare ad esaminare le questioni del contemperamento del principio del primato del diritto dell’Unione con quello dell’autorità del giudicato, e dell’efficacia temporale delle sentenze della Corte di giustizia, osservando come le sentenze *“si conformano per molteplici profili al diritto dell’Unione e richiamano in modo puntuale la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, mentre per altri profili individuano delle soluzioni che possono apparire distoniche rispetto ad alcuni principi ormai sedimentati nell’ordinamento dell’Unione o che comunque richiedono una ulteriore riflessione”*.

Sulla stessa linea si muove Elisabetta Lamarque (*Le due sentenze dell’adunanza plenaria... le gemelle di shining?*), dopo aver preliminarmente osservato che *“da qualche tempo accade che quando un giudice supremo del nostro ordinamento decide di imboccare una strada nuova e impervia, e pertanto esposta ai forti venti delle critiche della dottrina e delle sempre possibili ribellioni degli altri giudici, sceglie di farlo attraverso uno strumento certamente dotato di un peso e di una visibilità maggiori di quelli di una semplice sentenza, oltre che, almeno nelle intenzioni di quel giudice, più resistente alle prevedibili intemperie: quello della ‘doppietta’ di sentenze di identico, o analogo, contenuto, depositate in pari data e identificate con numeri successivi”*, osserva che nel caso di specie l’Adunanza Plenaria non si è però limitata a ciò, ma ha preso in prestito, indebitamente, strumenti propri della Corte costituzionale (l’istituto dei controlimiti opposti all’ingresso nel nostro ordinamento del diritto dell’Unione europea dotato di effetti diretti e la tecnica del differimento degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento), ai quali la stessa Corte costituzionale ha fatto ricorso solo raramente e in occasioni particolari e che, soprattutto, non ha mai osato applicare insieme per decidere la medesima questione. Si tratta di strumenti, sottolinea con fermezza l’Autrice, che devono ritenersi sottratti alla disponibilità dai giudici comuni e che l’Adunanza plenaria non dichiara espressamente di applicare, ma aziona *di fatto*, ad esempio nel momento in cui sostiene che la norma europea che impone il principio della gara per l’assegnazione delle concessioni balneari trascura esigenze *“irrinunciabili”* dell’ordinamento italiano o in cui assimila i beni demaniali in questione ai *“principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale”* o ai *“diritti inalienabili della persona”* che possono essere invocati come controlimiti.

Il contributo di Giuseppe Morbidelli (*Stesse spiagge, stessi concessionari?*) mette in luce come l’effetto ultimo prodotto dalle sentenze gemelle sia di dare luogo *“indirettamente ad una rete di*

protezione delle situazioni in atto”. L’Autore sottolinea in particolare come l’Adunanza Plenaria abbia sostanzialmente aperto alla possibilità di corresponsione di un indennizzo ai concessionari (“*l’indizione di procedure competitive per l’assegnazione delle concessioni dovrà, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l’affidamento degli stessi*” (v. n. 49)), dando una lettura avversativa dell’art. 49 cod. nav. (“*Devoluzione delle opere non amovibili*”), il quale come noto dispone che “*salvo che sia diversamente stabilito nell’atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell’autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato*”.

Sul profilo della remunerazione degli investimenti effettuati dai concessionari si concentra anche l’attenzione di Marco Calabrò (*Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*), il quale, dopo aver sottolineato che nelle ipotesi di concessione demaniale marittima con finalità turistico-ricreativa le opere realizzate dal concessionario non sono “necessarie” per l’utilizzo dell’area stessa (come invece spesso accade in relazione alle concessioni demaniali portuali) e che ciò rende l’operatore economico tendenzialmente libero nel *se* e nel *cosa* realizzare, analizza in questa prospettiva il disposto dell’art. 49 cod. nav. che lega la devoluzione delle opere al patrimonio dello Stato al momento della “cessazione” della concessione.

Marcella Gola (*Il Consiglio di Stato, l’Europa e le “concessioni balneari”: si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?*) muove dall’adesione dell’Adunanza Plenaria ad una concezione sostanzialistica del provvedimento di concessione come attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un’attività economica ed alla conseguente scontata rilevanza nel mercato e per la libera circolazione dei servizi. Concentra conseguentemente la propria attenzione sul profilo delle procedure selettive che dovranno essere bandite per sottolineare come l’obiettivo europeo dell’apertura dei mercati dovrà tuttavia necessariamente considerare le peculiarità del turismo nazionale, da valorizzare come sistema, risorsa centrale per il nostro Paese non solo per l’estensione delle coste, ma anche per lo stretto collegamento con i luoghi e la cultura locale, parte integrante dei quali deve essere considerata, ai fini dell’opportuno bilanciamento, anche la natura prevalentemente familiare delle imprese interessate.

Una correzione di prospettiva nella ricostruzione del regime giuridico del demanio costiero e dei suoi usi, non risolvibile interamente nel concetto di concorrenza, è auspicata anche da Giovanna Iacovone (*Concessioni demaniali marittime tra concorrenza e valorizzazione*), la quale sottolinea che le caratteristiche del bene, e nel caso specifico la fragilità delle coste e dell’ecosistema al cui interno esse “vivono”, dovrebbero indurre il legislatore ad una regolamentazione dell’uso del bene stesso in funzione della sua conservazione e valorizzazione in modo da valorizzare la funzione pubblica del demanio marittimo e delle spiagge, esigenze e valori la cui considerazione dovrebbe parimenti governare la disciplina delle future procedure selettive.

Sul problema della natura giuridica delle concessioni demaniali balneari si è invece concentrata l’attenzione di Ruggiero Dipace (*L’incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l’erosione della categoria*), con particolare riferimento ai profili della distinzione tra provvedimenti di autorizzazione e concessione e della distinzione tra concessioni di beni e di opere o servizi. Secondo l’Autore, la proposizione di una rilettura dell’istituto in chiave

“*funzionale e pragmatica*” sembrerebbe suggerire che si stia intraprendendo un percorso simile a quello che ha portato ad attribuire natura negoziale alle concessioni di lavori e di servizi, ma sia l'esplicito riferimento al tema dell'“*interesse transfrontaliero certo*”, che, come è noto, si riferisce essenzialmente all'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni, che l'affermazione secondo la quale “*il confronto concorrenziale è estremamente prezioso per garantire ai cittadini una gestione del patrimonio nazionale costiero e una correlata offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza, potendo contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita*”, che suppone il riferimento ai “*servizi pubblici*”, tradirebbero ambiguità e confusione in ordine all'oggetto della concessione.

Il profilo della disapplicazione da parte dell'Amministrazione della norma nazionale contrastante con la direttiva *self executing* viene affrontato da Renato Rolli e Dario Sammarro (L'obbligo di “*disapplicazione*” alla luce delle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 del consiglio di stato (adunanza plenaria) ricostruendo l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e comunitaria. Il tema è ripreso anche da Piergiuseppe Otranto (*Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela*), soprattutto nella sua correlazione, per un verso, con la negata qualificazione in termini di autotutela dell'intervento “*dichiarativo*” richiesto alle singole amministrazioni; per l'altro, con la cosa giudicata.

L'assunto che le aree costiere italiane presentano un interesse transfrontaliero certo “*tutte e nel loro insieme*” (che è, cioè, il valore della categoria del demanio marittimo unitariamente considerata a determinare quello di una singola concessione, la cui considerazione atomistica costituirebbe un “*artificioso frazionamento*” dell'importanza e della “*potenzialità economica del patrimonio costiero nazionale*”) è al centro delle riflessioni di Marco Ragusa (*Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*), il quale critica il fatto che, tra gli indirizzi rivolti alle amministrazioni (e in parte al legislatore, il cui auspicato intervento rappresenta una delle giustificazioni a fondamento della originale moratoria al 2023 disposta dalle due decisioni), non ve ne sia alcuno attinente alla pianificazione degli usi del demanio marittimo e alla puntuale identificazione *ex ante* delle aree concedibili (sia all'interno di un singolo tratto costiero, sia nel quadro complessivo del demanio marittimo nazionale, in tesi rilevante nella sua unitarietà). Non è infatti pensabile, secondo l'Autore, misurare la “*potenzialità economica*” delle aree gestite patrimonialmente senza previamente considerare proprio l'estensione e il valore della componente asservita a una (normale) destinazione *non* patrimoniale.

Il contributo di Enrico Zampetti (*La proroga delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza. Osservazioni a margine delle recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria*) mira a evidenziare che ciò che il diritto europeo vieta sono le proroghe automatiche e generalizzate, ma non necessariamente le proroghe rapportate alle circostanze concrete che possono mirare a tutelare le legittime aspettative dei concessionari uscenti, soprattutto nei casi in cui si renda necessario garantire il riequilibrio economico della concessione. La critica si appunta conseguentemente sull'attribuzione di una rilevanza assoluta e incondizionata al principio della concorrenza, che in realtà deve sempre misurarsi, anche ai sensi dell'articolo 41 Cost., con altri interessi che talvolta possono provocarne una temporanea attenuazione.

Gli interventi si concludono ripubblicando l'articolo precedentemente apparso sulla rivista *Federalismi.it* a firma di Beniamino Caravita di Toritto, già condirettore della rivista e prematuramente scomparso lo scorso anno, e di Giuseppe Carlomagno, nel quale vengono tracciate le possibili linee di riforma del settore alla luce dei principi comunitari contenuti nella Direttiva Bolkestein e di quelli affermati nella sentenza CGUE *Promoimpresa* (*La*

proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma).

2.- Il fascicolo monotematico di Diritto e Società raccoglie dunque alcune prime riflessioni della dottrina sulle sentenze gemelle, ma gli spunti di riflessione critica sono in realtà innumerevoli. Ogni volta che si ripete la lettura delle sentenze, per cercare di meglio intenderne significato ed effetti, crescono i dubbi e le perplessità, in maniera tale che diventa impossibile farne anche solo una elencazione ragionata ed esaustiva.

La prima cosa che si può osservare, dunque, è che la lettura delle sentenze origina in chiunque, sia esso un cultore o studioso del diritto amministrativo, un pubblico amministratore, un operatore economico del settore, un magistrato, una sensazione di generale disorientamento.

Ciò che sicuramente colpisce è, innanzi tutto, la quantità degli istituti giuridici che vengono tirati in ballo. Non si ragiona, infatti, intorno ad un unico, per quanto complesso, istituto per chiarirne principi informativi o applicativi particolarmente controversi, ma si lavora per trovare la soluzione ad un problema creato dall'inerzia del legislatore.

In secondo luogo, colpisce il fatto che gli istituti evocati vengono richiamati dandone per scontata e presupposta l'utilizzabilità nel caso di specie o giustificandone l'impiego con affermazioni meramente assertive, laddove il loro impiego appare quantomeno fortemente problematico; senza nemmeno adeguatamente preoccuparsi della loro coerenza o non contraddittorietà in una logica di sistema. Le pronunce sembrerebbero ubbidire piuttosto ad una logica machiavellica: il fine (consentire e al tempo stesso limitare la proroga al 2023) sembrerebbe giustificare l'impiego di qualsiasi mezzo (istituto giuridico) utile a tal fine. Seguendo una logica di sistema, che richiede la dovuta attenzione alle esigenze di credibilità e di eguaglianza per rispondere alle quali gli istituti giuridici vengono creati, dovrebbe invece avvenire esattamente il contrario; e cioè che la decisione dovrebbe scaturire dall'applicazione dei secondi, e non viceversa.

Si ha così la netta sensazione che l'esercizio di una funzione nomofilattica sia evocato in realtà soprattutto a cercare di rinforzare l'efficacia di una decisione, che, se pur (forse) utile a dare un "segnale" alla Commissione UE, appare difficile leggere come esercizio tipico di una funzione giurisdizionale. E' evidente che l'attenzione della Plenaria non si concentra o comunque non si limita a precisare quale debba essere, in presenza d'interpretazioni contrastanti, il principio di diritto che deve essere applicato per decidere il caso controverso e quelli analoghi. Più che la pronuncia di un'Adunanza Plenaria, sembrerebbe di leggere una pronuncia resa dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, dal momento che vengono espressamente indicati i criteri che dovranno essere seguiti dal legislatore nel provvedere al riordino della materia, sia sotto il profilo della disciplina del rapporto concessorio (obbligo d'indennizzo), che dei criteri di selezione dei futuri concessionari e delle relative procedure. Per quanto è dato di sapere, prima delle pronunce gemelle, nei giudizi pendenti nessuna parte ha mai chiesto al giudice amministrativo di definire ciò.

Anche lo schema di una funzione tipicamente consultiva risulta però ben presto superato: il legislatore viene in realtà completamente sostituito nel momento in cui si ritiene possibile ("congruo") stabilire il termine massimo di efficacia del regime di proroga fino al 31 dicembre 2023. Peraltro, un attimo dopo aver precisato che il diritto eurounitario non consente più

alcuna proroga e che sono pertanto nulle le proroghe disposte *ex lege*. Il legislatore nazionale non può disporre contro il diritto eurounitario, l'Adunanza del Consiglio di Stato sì. La piega presa diventa inarrestabile: il legislatore non può nemmeno disporre diversamente dall'Adunanza Plenaria/ Generale del Consiglio di Stato: “*eventuali proroghe legislative del termine così individuato ... dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'unione*”. E la sostituzione, a ben guardare, non si limita soltanto al legislatore, ma si estende al giudice penale (“*la descritta operazione di non applicazione della legge nazionale anticomunitaria non può in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale*”), al Giudice delle leggi e alla Corte di Giustizia UE, escludendo che la valutazione del contrasto della norma di legge nazionale con il diritto dell'Unione possa essere oggetto dei rispettivi giudizi di costituzionalità o d'interpretazione eurounitaria.

Nella evocata logica machiavellica, gli istituti giuridici impiegati sembrano subire quasi tutti una torsione innaturale.

A cominciare dal principio del contraddittorio.

L'Adunanza Plenaria è investita della questione ai sensi dell'art. 99 co. 2 c.p.a., d'ufficio, con decreto presidenziale che seleziona due soli ricorsi nell'ambito di un contenzioso ampiamente diffuso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza e dirimere contrasti giurisprudenziali, con chiaro e dichiarato intento nomofilattico. Ritiene di doversi limitare ad enunciare il principio di diritto e dichiara inammissibili tutti gli interventi, svolti direttamente innanzi all'Adunanza Plenaria o nel giudizio di merito, limitando di fatto la partecipazione alle sole parti principali del giudizio *a quo*. Il fatto di essere parte in altro giudizio vertente su una *quaestio iuris* analoga è ritenuto insufficiente per qualificare l'interesse a partecipare nel giudizio in cui si definisce la regola di giudizio da applicare successivamente, sebbene ciò che ha giustificato la necessità di una pronuncia nomofilattica è stata proprio la considerazione “*degli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori*”. Anche in tal caso, dunque, vengono pacificamente applicati principi tutt'altro che scontati e sussiste una evidente torsione dei principi e delle regole sull'intervento processuale e sul contraddittorio che allontana il lettore dalla possibilità di condivisione del *dictum*.

Questione senz'altro centrale nell'impianto delle decisioni è quella del carattere auto esecutivo o meno della direttiva Bolkestein, dalla soluzione della quale dipende la possibilità di disapplicazione o meno della norma nazionale. Implica, in buona sostanza, che (anche) la direttiva è immediatamente applicabile e invocabile nel rapporto cittadino – PA se le sue disposizioni sono “*incondizionate e sufficientemente precise*” (CGUE 22 giugno 1989, Flli Costanzo). Difficile o quantomeno fortemente opinabile assumere che si sia in presenza di disposizioni “*incondizionate e sufficientemente precise*” quando l'art 12 della Direttiva, prima di statuire chiaramente che la concessione “*non può prevedere la procedura di rinnovo automatico*”, afferma che il divieto si applica solo “*Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili*” e che solo in tal caso gli Stati membri sono tenuti a seguire “*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*”. Senza considerare il ricorrere dell'ulteriore condizione dell'interesse transfrontaliero certo. L'Adunanza Plenaria non ha invece dubbi nel ritenere che la direttiva *de qua* presenti un “*livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga ex lege fino al 2033 e ad imporre di conseguenza una gara rispettosa dei principi di trasparenza,*

pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità”, aggiungendo che il carattere *self – executing* sarebbe stato espressamente riconosciuto dalla sentenza CGUE Promoimpresa. In ciò la sostanza della motivazione, che per il resto riproduce le argomentazioni proprie già della sentenza Flli Costanzo, che si collocano però questa volta in un contesto profondamente diverso: lì si trattava di rimuovere il limite che la norma nazionale poneva alla possibilità di tutelare una ben definita situazione di diritto o comunque pretensiva riconosciuta dalla norma comunitaria; qui di creare un limite nell’attesa che venga definita una nuova disciplina, di disapplicare cioè *in malam partem*. Anche a prescindere dall’utilizzabilità di tale argomentazione, sta il fatto che la stessa Adunanza poco oltre afferma che non v’è dubbio che il legislatore debba intervenire “*con una disciplina espressa e puntuale*”, confermando con ciò la sua mancanza allo stato attuale. Ma ciò che più deve essere sottolineato è che in realtà l’Adunanza tutto fa tranne che disapplicare: la norma nazionale non viene sostituita immediatamente e direttamente dalla norma comunitaria (che escluderebbe in maniera incondizionata la possibilità di proroga), ma da un’altra norma nazionale pretoriamente creata nell’esercizio della funzione nomofilattica (che riduce la proroga nel termine ritenuto più congruo fino al 2023). Che nella realtà delle cose (e nella realtà dei processi) si sia in presenza della sostituzione di una norma nazionale con altra norma nazionale di creazione giurisprudenziale, e non con la norma comunitaria, è del resto confermato dalla decisione successivamente assunta dal giudice al quale sono stati restituiti gli atti per la decisione. Il CGARS, con la sentenza n. 116 del 24 01 2022, ha accolto in parte il ricorso (proposto avverso il diniego di proroga e per l’accertamento del diritto all’estensione della durata della concessione sino al 31 12 2033, ai sensi della l. 30 12 2018 n. 145) accertando il diritto alla proroga della concessione fino al 31 dicembre 2023, ai sensi di quanto statuito dall’Adunanza del Consiglio di Stato.

La stessa considerazione può ripetersi con riferimento al potere di graduare gli effetti delle proprie sentenze. La fissazione del termine al 31 12 2023 viene giustificata invocando la possibilità del giudice amministrativo di graduare gli effetti delle proprie decisioni. A parte che l’affermazione del principio sarebbe già di per sé più che discutibile, andrebbe in ogni caso considerato che il precedente invocato si riferisce ad ipotesi di pronunce di annullamento e non di disapplicazione. Disapplicazione e annullamento non sono la stessa cosa. L’annullamento rimuove un atto invalido con efficacia *ex tunc*; la disapplicazione opera sull’efficacia dell’atto lasciandolo in vita, ma impedendo che produca effetti nel caso di specie, in cui viene appunto disapplicato. Già è dubbio che si possa ritenere consolidata la riscrittura dei canoni classici dell’annullamento. Stravolgere anche quelli della disapplicazione senza nessuna argomentazione giuridica pare francamente troppo.

Lo stesso è a dirsi a proposito dell’interesse transfrontaliero e della categoria del demanio. L’interesse transfrontaliero certo viene desunto dalla qualificazione del mercato delle concessioni demaniali balneari con finalità turistico ricreative come complesso valutato unitariamente e complessivamente (“*tutte e nel loro insieme*”), coincidente con l’intero patrimonio costiero nazionale. Scompare la distinzione tra demanio e patrimonio.

E così per l’autotutela. Si afferma che non v’è necessità di rimuovere gli atti amministrativi di proroga perché questi hanno avuto funzione meramente ricognitiva perché l’effetto autoritativo (di proroga) è stato prodotto direttamente dalla legge. Nondimeno si afferma che “*ragioni di certezza depongono nel senso che l’Amministrazione provveda comunque a rendere pubblica l’inconsistenza oggettiva dell’atto ricognitivo eventualmente già adottato e di comunicarlo al soggetto cui è stato*

rilasciato detto atto”. Anche in tal caso una sofisticata argomentazione per escludere in maniera non convincente la necessità del *contrarius actus*.

E ancora per il giudicato. Secondo l’Adunanza, non vi sarebbero ostacoli a dare immediata attuazione allo *jus superveniens* di derivazione comunitaria, anche se, sul diritto alla proroga, si sia formato un giudicato, perché la sopravvenienza normativa inciderebbe sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte che si svolge successivamente al giudicato. Anche in tal caso l’affermazione parrebbe opinabile, perché, nel caso di specie, lo *jus superveniens* non statuisce sulla durata del rapporto, ma vieta che possano essere disposte proroghe automatiche. Se la concessione della proroga è ormai coperta da giudicato, in assenza di un’espressa statuizione in ordine al carattere retroattivo dello *jus superveniens*, si dovrebbe a rigore ritenere che questo abbia disposto unicamente per il futuro.

I profili sopra accennati non sono esaustivi e non possono essere approfonditi in questa sede. Sono però all’origine di quella sensazione già ricordata che la lettura delle pronunce ingenera nel lettore. Le pronunce sembrano cioè lontane dal raggiungere lo scopo dichiarato di voler svolgere una funzione nomofilattica, perché non orientano, ma piuttosto disorientano l’attività di interpretazione. non sembrano preoccuparsi tanto di convincere con la forza dell’argomentazione ragionevole e condivisibile, proponendo l’argomentazione più attendibile all’esito del confronto tra gli argomenti spendibili; quanto di trovare una soluzione che sia in grado di risolvere il problema dato, anche se questa passa per argomentazioni divisive, non consolidate e spesso implausibili. La generosità e l’intelligenza che contraddistinguono il Consiglio di Stato consentono di indicare elegantemente una soluzione applicativa, ma gli istituti a tal fine impiegati non sembrano rispondere ai canoni consolidati secondo la scienza del diritto amministrativo e del diritto processuale amministrativo: l’interesse ad intervenire non è riconosciuto a chi non è parte principale del giudizio; il giudicato cede sempre e comunque allo *jus superveniens*; l’autotutela non è necessaria per gli atti dichiarativi, che così sfuggono al suo regime; il demanio non si distingue più dai beni patrimoniali; l’annullamento non ha più efficacia *ex tunc*; la disapplicazione non opera più sull’efficacia dell’atto nel caso concreto; il giudice amministrativo può sostituirsi al legislatore, al giudice penale, alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia nella creazione delle norme e nel rispettivo sindacato. In pratica, c’è quanto basta per riscrivere interamente un manuale di diritto amministrativo, sostanziale e processuale, che resta però affidato alle linee guida fluide e imprevedibili che verranno dettate da qui in avanti dall’Adunanza del Consiglio di Stato. Salvo che cambi rotta. Perché non è giusto che i vuoti della politica stravolgano il ruolo del Consiglio di Stato, che, a norma dell’art 100 Cost., è organo di consulenza giuridico-amministrativa “*e di tutela della giustizia nell’amministrazione*”, non nella legislazione.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2397 – 6 luglio 2022

Il necessario contraddittorio col privato nell'esercizio dei poteri discrezionali: l'efficacia invalidante del preavviso di rigetto (nota a Cons. St., Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790)

di Roberto Fusco

Sommario: 1. Una breve premessa: l'efficacia invalidante dell'omesso invio del preavviso di rigetto. – 2. Il caso di specie. – 3. La disciplina del preavviso di rigetto alla luce del d.l. n. 76/2020. – 4. La categoria dei vizi non invalidanti: le due diverse ipotesi dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990. – 5. I *dicta* della sentenza: l'efficacia invalidante dell'omesso preavviso di rigetto e il carattere processuale dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990. – 6. Alcune brevi considerazioni conclusive.

1. Una breve premessa: l'efficacia invalidante dell'omesso invio del preavviso di rigetto.

La sentenza si inserisce nell'ambito della problematica relativa all'annullabilità del provvedimento adottato in assenza del dovuto preavviso di rigetto di cui all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990. Antecedentemente alla riforma dell'art. 10-*bis* ad opera del d.l. n. 76/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni), si discuteva se, in caso di omissione dell'invio di tale comunicazione, il provvedimento così adottato dovesse considerarsi *ex se* illegittimo o se residuasse uno spazio di applicazione del disposto dell'art. 21-*octies*, comma 2, prevedente la disciplina dei c.d. vizi non invalidanti. Più precisamente la giurisprudenza si interrogava sulla possibilità di assimilare il preavviso di rigetto alla comunicazione di avvio del procedimento ai fini dell'applicazione della seconda parte della succitata disposizione, secondo la quale il provvedimento amministrativo non è (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. A risolvere tale contrasto è intervenuto il citato d.l. n. 76/2020, il quale ha precisato che «*La disposizione di cui al secondo periodo [dell'art. 21-octies, comma 2] non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis*». La pronuncia in commento, recettiva di tale nuovo regime differenziato del preavviso di rigetto in termini di efficacia invalidante, contiene anche delle interessanti precisazioni sulla natura della modificata normativa, che viene ritenuta applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della legge di riferimento.

2. Il caso di specie.

La sentenza in commento origina dal complesso svolgimento di un provvedimento disciplinare a carico di un carabiniere condannato in sede penale per il reato di detenzione e spaccio di sostanza stupefacente. La sanzione della perdita del grado veniva annullata per ben due volte prima di essere ritenuta legittima dal competente Tribunale Amministrativo Regionale. Una volta intervenuta la riabilitazione, il carabiniere chiedeva di essere reintegrato in servizio e, in mancanza di una risposta da parte dell'amministrazione, presentava un nuovo ricorso al T.A.R. per l'accertamento dell'obbligo di provvedere sulla sua istanza. Nelle more della definizione del giudizio avverso il silenzio, l'amministrazione resistente respingeva l'istanza di reintegrazione in servizio per la gravità dei fatti commessi e il pregiudizio arrecato all'Arma dei Carabinieri. Avverso tale provvedimento (e avverso i pareri presupposti) veniva proposto ricorso per motivi aggiunti nell'ambito del quale, tra i motivi dedotti, veniva eccepita la violazione dell'art. 10-bis, l. n. 241/1990 per la mancata comunicazione del preavviso di rigetto. Il giudice di prime cure, però, non accoglieva le censure proposte dal ricorrente che, a questo punto, le reiterava in appello per contestare l'illegittimità della sentenza di primo grado. Il Consiglio di Stato, investito della questione, ha capovolto la sentenza del giudice di prime cure ritenendo l'appello fondato limitatamente al motivo relativo alla violazione dell'art. 10-bis, l. n. 241/1990.

3. La disciplina del preavviso di rigetto alla luce del d.l. n. 76/2020.

La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza è un istituto di partecipazione procedimentale introdotto nella legge sul procedimento amministrativo dall'art. 6, l. n. 15/2005, che ha introdotto l'art. 10-bis nella l. n. 241/1990, poi modificato dalla l. n. 180/2011 e da ultimo riformato in maniera significativa dal d.l. n. 76/2020, convertito in l. n. 120/2020^[1].

L'istituto è stato ribattezzato da dottrina e giurisprudenza “preavviso di diniego” o “preavviso di rigetto”^[2] e prevede l'obbligo per la pubblica amministrazione, prima di respingere l'istanza presentata da un privato, di indicare allo stesso i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza presentata, ai fini di concedere all'interessato un termine di dieci giorni per presentare le proprie osservazioni (eventualmente corredate da documenti) che andranno valutate dalla pubblica amministrazione, la quale dovrà indicare le ragioni dell'eventuale mancato accoglimento delle stesse nel provvedimento finale (ragioni tra le

quali non possono rientrare inadempienze o ritardi attribuibili alla pubblica amministrazione). Il preavviso di rigetto non si applica alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali[3].

Con il d.l. n. 76/2020 (così come convertito dalla l. n. 120/2020)[4], l'istituto ha subito un'incisiva rivisitazione che si può riassumere in quattro modifiche[5].

La *prima* modifica consiste nel mutamento degli effetti della comunicazione sulla possibile durata del procedimento, poiché la stessa diviene definita come causa di “sospensione” e non di “interruzione” del termine di conclusione del procedimento, che riprende a decorrere una volta presentate le osservazioni (o decorso il termine di dieci giorni per proporle) nella misura pari a quella residua[6].

La *seconda* modifica riguarda l'intensità dell'obbligo motivazionale sulle osservazioni presentate dai privati in riscontro al preavviso di rigetto. Nella nuova formulazione della disposizione è stato specificato in modo più puntuale che la pubblica amministrazione “è tenuta” a spiegare quali sono le motivazioni che hanno portato a non accogliere le osservazioni presentate (confermando il diniego) indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza di tali osservazioni[7].

Il *terzo* aspetto inciso dalla riforma riguarda i limiti che il preavviso di rigetto può imporre nei confronti della riedizione del potere a seguito di annullamento in giudizio del provvedimento adottato in assenza della comunicazione di cui all'art. 10-*bis*. Il legislatore, infatti, inserendo *ex novo* un periodo nel corpo della disposizione, prevede che, nel caso in cui un provvedimento preceduto dal preavviso di rigetto sia annullato in giudizio, la pubblica amministrazione a cui spetti il riesercizio del potere, non possa addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del procedimento annullato. La pubblica amministrazione, pertanto, nell'adottare il nuovo provvedimento sarà limitata sia dalla sentenza giurisdizionale di annullamento, che dagli elementi di fatto e di diritto relativi alla prima istruttoria ed emergenti nel preavviso di rigetto[8].

La *quarta* modifica concerne l'efficacia invalidante dell'omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, per effetto della quale, alla fine della disposizione dell'art. 10-*bis*, è stata aggiunta la specificazione che il secondo periodo dell'art. 21-*octies*, comma 2 non si applica al provvedimento adottato in violazione della normativa sul preavviso di rigetto. Per un'adeguata comprensione di detta modifica, che riguarda specificamente la sentenza in commento e sulla quale si ritornerà appresso, pare opportuno fornire preliminarmente qualche breve cenno sulla disciplina dell'art. 21-*octies*, comma 2 e sulla categoria dei c.d. vizi non invalidanti.

4. La categoria dei vizi non invalidanti: le due diverse ipotesi dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990.

Con l'espressione “vizi non invalidanti” si intendono quei vizi formali che, a determinate condizioni, non comportano l'annullamento del provvedimento illegittimo[9]. Essi costituiscono l'espressione del c.d. principio della dequotazione dei vizi procedurali,

secondo il quale un provvedimento affetto da un vizio di forma o del procedimento non deve essere annullato quando il vizio non influisca sul contenuto dispositivo del provvedimento.

La categoria dei vizi formali del procedimento ha trovato una sua prima codificazione con l'emanazione del correttivo del 2005 alla legge sul procedimento amministrativo e precisamente con l'introduzione dell'art. 21-*octies*, comma 2 dell'art. 241/1990, che ha introdotto due diverse tipologie di provvedimenti sottratti alla sanzione dell'annullamento: *a*) il provvedimento vincolato affetto da vizi procedurali o formali (primo periodo); *b*) il provvedimento viziato da omessa comunicazione di avvio del procedimento (secondo periodo)^[10].

L'ipotesi di cui al *primo* periodo si applica solo ai provvedimenti vincolati, concerne tutti i vizi formali e procedurali e il fatto che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso deve essere palese; l'ipotesi di cui al *secondo* periodo si applica sia ai provvedimenti vincolati che discrezionali, concerne il solo vizio dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento e il fatto che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso deve essere dimostrato in giudizio dalla pubblica amministrazione^[11].

Il legislatore, con l'art. 21-*octies*, sembra aver recepito il criterio del mancato interesse a ricorrere: il privato non ha interesse a far valere un vizio che non ha influito sul contenuto dispositivo del provvedimento in quanto la vittoria che otterrebbe attraverso la caducazione di quell'atto sarebbe una "vittoria di Pirro", ossia apparente e meramente provvisoria poiché l'amministrazione potrebbe riadottare un atto emendato dal vizio procedimentale e dello stesso contenuto di quello annullato^[12].

Più di recente la norma è stata completata con l'aggiunta di cui all'art. 12, lett. i) del d.l. n. 76/2020 (convertito in legge n. 120/2020) che ha aggiunto, in coda al secondo periodo, la specificazione che «*La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis*». Viene così risolto, per via legislativa, il dibattito giurisprudenziale, precedentemente insorto, in merito all'applicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2 (secondo periodo) al caso dell'omesso invio della comunicazione del preavviso di rigetto^[13].

5. I dicta della sentenza: l'efficacia invalidante dell'omesso preavviso di rigetto e il carattere processuale dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990.

La sentenza in commento costituisce un'applicazione della modifica legislativa apportata con il d.l. n. 76/2020 e si pone in contraddizione col prevalente orientamento giurisprudenziale che, prima di tale modifica, ammetteva l'estensione dell'art. 21-*octies*, comma 2 (secondo periodo) anche all'omessa comunicazione del preavviso di rigetto^[14].

Secondo il Collegio, infatti, con la succitata riforma è stata esplicitata una netta distinzione tra il regime giuridico da applicare al caso di omissione della comunicazione di avvio del procedimento e quello di omissione del preavviso di rigetto per i procedimenti ad istanza di parte. Mentre nel caso di omissione della comunicazione di cui all'art. 7 si potrà applicare l'ipotesi di cui al secondo periodo dell'art. 21-*octies*, comma 2, nel caso di omissione della comunicazione di cui all'art. 10-*bis*, potrà trovare applicazione solo la prima parte dell'art. 21-

octies, comma 2, che concerne i vizi formali e procedurali relativi ai soli provvedimenti vincolati.

Per verificare l'efficacia invalidante (o meno) dell'omissione del preavviso di rigetto, pertanto, dopo la riforma risulta centrale la verifica della sussistenza di un potere discrezionale, in presenza del quale non sono applicabili i meccanismi di possibile "sanatoria processuale" previsti per la violazione delle norme sul procedimento dall'art. 21-*octies*, comma 2, in caso di mancato invio del preavviso di rigetto[15].

Nel caso di specie viene affermata la pacifica natura discrezionale del potere esercitato, attraverso il richiamo di quella giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo la quale sussiste una discrezionalità valutativa dell'amministrazione militare che emana provvedimenti sanzionatori nelle ipotesi di perdita del grado a seguito di condanna senza procedimento disciplinare[16].

Il Collegio, infine, richiama anche quella giurisprudenza secondo la quale la disposizione dell'art. 21-*octies*, comma 2, andrebbe qualificata come norma di carattere processuale[17]. La stessa, pertanto, deve essere applicata anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della legge di riferimento (in base al principio del *tempus regit actum*) e, dunque, anche ai procedimenti antecedenti alla sua entrata in vigore, come quello che interessa il caso di specie, ove, nel caso di omissione del preavviso di rigetto, resta preclusa all'amministrazione la possibilità di dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato[18].

6. Alcune brevi considerazioni conclusive.

A prescindere dalla condivisibilità o meno dell'intervento normativo di riforma dell'art. 21-*octies*, comma 2, si deve rilevare come la pronuncia in commento sia coerente con la vigente formulazione della norma che non sembra lasciare spazio a interpretazioni estensive, per effetto delle quali il secondo periodo del succitato comma 2 sarebbe applicabile anche al caso di omesso invio della comunicazione di cui all'art. 10-*bis*. A tale omissione – che va pacificamente qualificata come una violazione di "norme sul procedimento" – rimane, invece, applicabile il primo periodo dell'art. 21-*octies*, comma 2, la cui applicazione è limitata ai provvedimenti vincolati[19].

Per verificare se l'omesso invio del preavviso di rigetto sia da considerarsi un vizio invalidante o meno, pertanto, in primo luogo occorrerà indagare se il potere esercitato possa considerarsi discrezionale e, in secondo luogo, sarà necessario verificare se sussistono gli altri requisiti per l'applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, che è l'unica norma in grado di "sanare" detto vizio.

In caso contrario, ossia in caso di annullamento del provvedimento per la mancanza del preavviso di rigetto, la pubblica amministrazione sarà "libera" di riesercitare il suo potere nei limiti del principio del c.d. *one shot* temperato e nel rispetto dell'eventuale effetto conformativo desumibile dalla sentenza di annullamento del primo provvedimento.

La sentenza in commento è di sicuro interesse anche nella parte in cui afferma la natura processuale dell'art. 21-*octies*, comma 2, poiché, inserendosi senza soluzione di continuità nel solco della prevalente giurisprudenza sul punto, consente di definire in senso ampliativo il perimetro applicativo della disposizione nella sua attuale formulazione^[20].

Sul punto, però, non appare destituita di fondamento l'impostazione di chi valorizza la natura sostanziale dell'istituto, richiamando il disposto dell'art. 21-*nonies*, comma 1, il quale vieta alla pubblica amministrazione di annullare il provvedimento amministrativo nei casi previsti dall'art. 21-*octies*, comma 2, dando un'evidente rilevanza extra-processuale alla norma^[21].

Nella consapevolezza che il dibattito sulla natura giuridica dell'art. 21-*octies*, comma 2 riguarda entrambe le ipotesi in esso contenute, a parere di chi scrive, si potrebbe provare a ipotizzare una distinzione tra i due diversi periodi del comma 2^[22]. Se, infatti, il secondo periodo ha un carattere marcatamente processuale, dato che la non annullabilità del provvedimento è condizionata dalla dimostrazione “in giudizio” del fatto che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, altrettanto non può dirsi per il primo periodo dove la non annullabilità per vizi formali è correlata alla circostanza che “sia palese” che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso^[23].

[1] Tra i tanti contributi relativi all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990 si vedano: L. FERRARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 10 bis, legge n. 241/1990) nel riformato quadro delle garanzie procedurali*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzeo*, Padova, 2007, vol. II, 83 ss.; A. RALLO, *Comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10 bis l. 241/90 e partecipazione post-decisionale: dal contraddittorio oppositivo al dialogo sul possibile*, in AA.VV., *Scritti in onore di V. Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, vol. II, 1080 ss.; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al “preavviso di rigetto”*, in *Dir. amm.*, 2005, 1003 ss.; S. TARULLO, *L'art.10-bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *www.giustamm.it*, 2005; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al preavviso di rigetto*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 1005 ss.; C. VIDETTA, *Note a margine del nuovo art. 10 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 837 ss.; S. FANTINI, *Il preavviso di rigetto come garanzia “essenziale” del cittadino e come norma sul procedimento*, in *Urb. app.*, 2007, p. 1388 ss.; F. SAITTA, *Preavviso di rigetto ed atti di conferma: l'errore sta nella premessa*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3235 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 353 ss.; P. LAZZARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 386 ss.; G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive ed approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 1235 ss.; D. VAIANO, *Il preavviso di rigetto*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 641 ss.; 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, p. 291 ss.; M.R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Dir. econ.*, n. 2/2021, p. 25 ss.; M. BROCCA, *Il preavviso di rigetto e la costruzione della decisione amministrativa* (nota a Tar Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130), in *Giustizia insieme*, 25 febbraio 2021; M.R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2022, p. 126 ss.

[2] Secondo G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge n. 11 settembre 2020 n. 120*, in *www.ambientediritto.it*, n. 4/2020, è preferibile «utilizzare l'appellativo “preavviso di diniego” perché si tratta per l'amministrazione di valutare un'istanza in un procedimento amministrativo in cui vi è cura diretta dei diversi interessi pubblici, mentre normalmente il termine “rigetto” si utilizza quando si tratta di accogliere o rigettare un ricorso in un procedimento amministrativo di secondo grado». Viene, però, rilevato come la giurisprudenza utilizzi alternativamente entrambe le nozioni. Infatti, l'istituto è qualificato sia come preavviso di diniego (*ex multis* Cons. St., Sez. II, 09.12.2020, n. 7841, in *www.giustizia-amministrativa.it*) sia come preavviso di rigetto (*ex multis* Cons. St., Sez. III, 5.12.2019, n. 8341, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[3] L'inciso della disposizione prevedente tali esclusioni era stato eliminato dal d.l. n. 76/2020, ma è stato reinserto in sede di conversione con la legge n. 120/2020.

[4] Per una sintesi delle principali misure contenute nel d.l. n. 76/2020 si rinvia a: M. MACCHIA, *Le misure generali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2020, p. 727 ss.

[5] Per un approfondimento sull'ultima riforma dell'istituto si rinvia ai contributi di: G. SERRA, *Brevi note in merito alla riforma dell'art. 10 bis della L. n. 241/1990 ad opera del c.d. Decreto Semplificazioni* (D.L. n. 76/2020), in *www.lexitalia.it*, n. 6/2020; F. FRACCHIA - P. PANTALEONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *www.federalismi.it*, n. 36/2020, p. 33 ss.; G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge n. 11 settembre 2020 n. 120*, cit.; M.R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, cit.; L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. amm.*, 2021, 573 ss.

[6] Sul dovere di concludere il procedimento si segnala per tutti: A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempiuto*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 273 ss., a cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali. Sulle più recenti novità in materia di conclusione del procedimento si segnala pure: A. BARTOLINI, *Il termine del procedimento amministrativo tra clamori di novità ed intenti di pietrificazione*, in *Giustizia insieme*, 27 luglio 2021. Sebbene la disposizione del 10-bis, l. n. 241/1990 anteriormente 2020, parlasse esplicitamente di "interruzione", una parte della dottrina aveva rilevato qualche perplessità sul punto, evidenziando come, nonostante il dato testuale, non fosse chiaro se il legislatore volesse introdurre un termine interruttivo o sospensivo (in tal senso vedasi: S. TARULLO, *L'art. 10-bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, cit. e G. CREPALDI, *La sospensione del termine per la conclusione del procedimento amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, p. 108 ss.). La giurisprudenza, invece, anteriormente alla modifica normativa del 2020, si è pronunciata in maniera pressoché uniforme a favore della natura interruttiva del termine (in tal senso vedasi *ex multis*: Cons. St., Sez. VI, 25 novembre 2019, n. 8017 e Cons. St., Sez. IV, 14 maggio 2018, n. 2859, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[7] Secondo G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge n. 11 settembre 2020 n. 120*, cit., pp. 7-8, «*la disposizione precisa, ... in contrasto con quanto fino ad ora affermato dalla giurisprudenza, che i motivi ostativi indicati nel preavviso di diniego devono coincidere con quelli posti a fondamento del successivo provvedimento negativo che potrà essere integrato soltanto da considerazioni che sono la conseguenza delle osservazioni. ... Il preavviso di diniego pertanto delimita, in modo vincolante, le ragioni ostativa che possono condurre ad un provvedimento finale negativo per il privato*». In senso conforme, M.R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, cit., pp. 147-148, precisa che «*Ciò non vuol dire, ovviamente, che deve sussistere un rapporto di perfetta identità tra il preavviso di rigetto e l'atto conclusivo del procedimento, né una corrispondenza piena tra i due atti, ben potendo l'Amministrazione meglio precisare nel provvedimento la propria determinazione, sempreché il contenuto del diniego si iscriva nello stesso schema delineato dalla comunicazione ai sensi dell'art. 10-bis*».

[8] Le dimensioni del presente contributo non consentono di affrontare il tema nel quale si inserisce la presente disposizione che riguarda il bilanciamento tra il principio dell'inesauribilità del potere amministrativo e quello dell'effettività della tutela del privato (sull'inesauribilità del privato si rinvia a M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018). Questa disposizione, infatti, va contestualizzata nell'ambito di quella giurisprudenza secondo la quale l'amministrazione, dopo aver subito l'annullamento di un proprio atto, può rinnovarlo per una sola volta riesaminando la controversia nella sua interezza nel rispetto del giudicato formatosi (c.d. principio dell'*one shot* temperato). Sul tema si rinvia a: E. TRAVERSA, *Il principio del one shot temperato tra effettività della tutela e inesauribilità del potere amministrativo*, in *Giur. it.*, 2017, 1672 ss. Sui rapporti tra il nuovo art. 10-bis e il principio del c.d. *one shot* temperato si rinvia alle considerazioni svolte da M.R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, cit., pp. 152-156, secondo il quale (p. 155) «*la novella dell'art. 10-bis sembra, più che introdurre un principio di one shot assoluto, conformarsi all'orientamento giurisprudenziale maggioritario dell'one shot temperato. Non si è, infatti, dinanzi ad un caso ove l'Amministrazione può pronunziarsi una sola volta in modo negativo sull'istanza del privato, prescrivendo, invece, il nuovo periodo dell'art. 10-bis, che, una volta intervenuto l'annullamento giurisdizionale del provvedimento di diniego, illegittimo perché magari insufficientemente motivato quanto al non accoglimento delle osservazioni presentate dal privato a seguito del c.d. preavviso di rigetto, l'Amministrazione debba decidere la fattispecie nella sua interezza, esercitando una volta per tutte il suo potere in modo conforme al giudicato e non basando un eventuale ulteriore provvedimento di diniego su circostanze e ragioni già emerse nella fase istruttoria e che sono state o avrebbero dovuto essere comunicate all'interessato*». Sulla tematica del riesercizio del potere (pur declinata con riferimento all'introduzione dell'art. 21-decies, l. n. 241/1990) si vedano le considerazioni di: C.E. GALLO, *La riemissione del provvedimento amministrativo*, in *Giustizia insieme*, 22 ottobre 2021.

[9] Per un inquadramento generale della categoria si vedano: F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003; A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.* 2003, p. 780 ss.; F.G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, p. 55 ss.

[10] In questi termini: N. DURANTE, *I vizi formali del procedimento, alla luce del decreto-legge "Semplificazioni" e delle recenti pronunce dell'adunanza plenaria*, in *Riv. Corte conti*, n. 6/2020, pp. 62-63.

[11] Per un'analisi più approfondita dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, sulla sua portata applicativa e sul rapporto tra i due diversi periodi della disposizione si rinvia a P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, Milano, 2015.

[12] In tal senso R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 1150-1151, il quale precisa che «Mostrando, quindi, di concepire il giudizio amministrativo come un giudizio non (tanto) sull'atto, ma (soprattutto) sul rapporto, il legislatore pone ora la regola secondo cui, se dalla sentenza di annullamento può derivare solo un effetto caducatorio, ma nessun effetto conformativo, il provvedimento deve rimanere in vita, perché il privato non ha alcun interesse per caducarlo».

[13] Anteriormente a tale modifica normativa, in giurisprudenza si erano formati due diversi orientamenti contrapposti in merito alla possibilità di estendere la particolare sanatoria processuale dell'art. 21-*octies*, comma 2 (secondo periodo) anche all'omesso invio del preavviso di rigetto (oltre alla mancata comunicazione di avvio del provvedimento). Secondo un primo orientamento (maggioritario e richiamato nella sentenza in commento), che professava la sussistenza di un'identità di funzione tra la comunicazione dell'art. 7 e quella dell'art. 10-*bis*, sarebbe poco logico che la violazione del preavviso di rigetto sia sanzionata più gravemente della omissione del contraddittorio procedimentale (vedasi *ex multis*: Cons. St., Sez. III, 1° agosto 2014, n. 4127, in www.giustizia-amministrativa.it). Secondo un opposto orientamento (minoritario), invece, non sarebbe possibile applicare estensivamente l'art. 21-*octies*, comma 2 (secondo periodo) anche al caso di omesso preavviso di rigetto in assenza di un esplicito riferimento normativo in tal senso (vedasi *ex multis*: Cons. St., Sez. IV, 17 gennaio 2011, n. 256, in www.giustizia-amministrativa.it). Per un approfondimento su questo contrasto si segnala P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, cit., p. 193 ss., a cui si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali sulle due opposte posizioni.

[14] Il Collegio ricorda come l'art. 21-*octies*, comma 2 (secondo periodo), in base alla prevalente giurisprudenza del Consiglio di Stato (antecedente alla riforma), veniva ritenuto applicabile anche al difetto del preavviso di rigetto, citando a tal proposito: Cons. St., Sez. IV, 27 settembre 2016, n. 3948 e Cons. St., Sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3667, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

[15] In caso di omesso preavviso di rigetto nell'ambito di un procedimento avente carattere discrezionale, il secondo periodo del comma 2 dell'art. 21-*octies* non si applica per l'espressa esclusione legislativa, mentre il primo periodo del comma 2 dell'art. 21-*octies* non si applica perché lo stesso riguarda esplicitamente soltanto i provvedimenti vincolati. Il collegio, sul punto, richiama un precedente analogo della Sezione III: Cons. Stato Sez. III, 22 ottobre 2020, n. 6378, in www.giustizia-amministrativa.it.

[16] Per il Collegio il carattere discrezionale del potere esercitato è desumibile dalla previsione testuale dell'art. 872, comma 3, c.o.m., che fa riferimento alla reiezione “nel merito” della istanza di reintegrazione. Infatti, «la riabilitazione in sede penale costituisce solo uno dei presupposti del provvedimento di reintegrazione in servizio, il quale resta attribuito ad una scelta di carattere discrezionale dell'Amministrazione». Sul punto viene richiamata la sentenza Cons. St., Sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 44, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo la quale sussiste una discrezionalità valutativa dell'amministrazione militare anche nelle ipotesi di perdita del grado a seguito di condanna senza procedimento disciplinare, poiché spetta all'amministrazione valutare, anche in tali casi, se la concessione della reintegrazione risponda effettivamente non soltanto alle aspirazioni del militare riabilitato in sede penale, ma anche all'interesse pubblico di settore, in particolare con un apprezzamento in ordine alla riacquisizione da parte dell'interessato di quelle spiccate qualità morali che sono richieste per ogni appartenente al corpo.

[17] Si discute, in dottrina e in giurisprudenza, sulla natura dell'art. 21-*octies*, comma 2. Secondo una prima tesi (rimasta minoritaria in giurisprudenza), alla norma dovrebbe essere data una valenza sostanziale poiché la situazione di “non annullabilità” sarebbe già presente in un momento precedente rispetto a quello compiuto dal giudice non essendo condizionata dalla vicenda processuale successiva (Cons. St., Sez. V, 19 marzo 2007, n. 1307, in www.giustizia-amministrativa.it). In tal senso in dottrina si vedano i contributi di D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 385 e N. DURANTE, *I vizi formali del procedimento, alla luce del decreto-legge “Semplificazioni” e delle recenti pronunce dell'adunanza plenaria*, cit., p. 64. Secondo un'opposta tesi (prevalente almeno in giurisprudenza), la norma avrebbe natura processuale perché non inciderebbe sulla struttura del vizio, ma individuerrebbe una speciale fattispecie della carenza di interesse a ricorrere. Con riferimento alla consolidata giurisprudenza che qualifica come processuale la norma dell'art. 21-*octies*, comma 2, nella sentenza in commento vengono richiamate le recenti pronunce del Consiglio di Stato: Cons. St., Sez. II, 12 marzo 2020, n. 1800; Cons. St., Sez. II, 9 gennaio 2020, n. 165; Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2019, n. 4964; Cons. St., Sez. VI, 20 gennaio 2022, n. 359; tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[18] A tal proposito viene citata: Cons. St., Sez. III, 22 ottobre, 2020, n. 6378, in www.giustizia-amministrativa.it.

[19] Non si può che concordare coi rilievi critici formulati dalla dottrina sull'indeterminatezza dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo. Secondo M.R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, cit., p. 50, «In termini generali l'art. 21-*octies* è norma sostanzialmente sgradevole sotto molteplici profili: basti solo considerare quanto sia terminologia vana, oggi più che nel passato, trattare di “attività vincolata”. Esiste davvero un'attività vincolata in assoluto? E i tanti

provvedimenti a natura vincolata che vengono poi corroborati da condizioni, imposizioni, divieti, ampliamenti assolutamente non previsti dalla norma non dovrebbero forse indurre a ritenere non più rinvenibile la categoria degli atti assolutamente vincolati? Non sarebbe più corretto ai fini dell'applicazione del 21-octies, comma 2, prima parte, non fare riferimento all'individuazione di attività vincolata, quanto al contenuto dispositivo del provvedimento e alla impossibilità di addivenire ad una determinazione anche solo in minima parte diversa da quella assunta?».

[20] R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 1161-1162, ci ricorda come la questione sul carattere processuale o sostanziale dell'art. 21-octies «non è di carattere meramente teorico, in quanto dalla sua soluzione dipendono la delimitazione dell'ambito di applicazione della norma sia nel tempo che nello spazio. In particolare, sotto il profilo temporale, il riconoscimento della natura processuale comporta l'applicabilità della norma anche ai giudizi in corso ... Per quel che concerne, invece, l'efficacia nello spazio, dal riconoscimento della natura processuale deriva l'applicabilità della norma anche ai procedimenti che si svolgono nell'ambito delle amministrazioni locali».

[21] In tal senso vedasi: N. DURANTE, *I vizi formali del procedimento, alla luce del decreto-legge "Semplificazioni" e delle recenti pronunce dell'adunanza plenaria*, cit., p. 64, secondo il quale «L'art. 21-octies, c. 2, va letto in combinato disposto con l'art. 21-nonies, c. 1, che vieta alla p.a. di annullare d'ufficio il provvedimento illegittimo per ragioni di forma. Entrambe le disposizioni fanno parte di uno stesso precetto, che non può avere natura esclusivamente processuale, perché ha come destinatario non solo il giudice, ma anche la p.a.».

[22] La distinzione che viene proposta in questa sede non emerge nell'orientamento giurisprudenziale dominante, a cui aderisce la sentenza in commento, che attribuisce valenza processuale ad entrambe le ipotesi previste dall'art. 21-octies, comma 2: sia ai provvedimenti vincolati affetti da vizi formali (primo periodo), sia ai provvedimenti viziati da omessa comunicazione di avvio del procedimento (secondo periodo).

[23] La proposta differenziazione della natura giuridica tra i due periodi dell'art. 21-octies, comma 2, potrebbe spiegare la scelta lessicale del legislatore che ha deciso di distinguere i presupposti di operatività dei due diversi periodi anche con riferimento alla sede di accertamento dell'identità del contenuto dispositivo del provvedimento.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2345 – 26 maggio 2022

Sulla questione di legittimità costituzionale dell'obbligo di vaccinazione anti-Covid del personale sanitario. Nota a margine dell'ordinanza 22.03.2022, n. 351 del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana

di Fortunato Gambardella

Sommario: 1. L'iter della decisione - 2. Il caso giudiziario - 3. Il quadro normativo e di prima applicazione giurisprudenziale in materia di obbligo di vaccinazione anti-Covid del personale sanitario - 4. La valutazione di rilevanza della questione di costituzionalità - 5. Il giudizio di non manifesta infondatezza della questione alla luce dei precedenti della giurisprudenza costituzionale - 6. Qualche considerazione intorno alla legittimità dell'obbligo vaccinale nella prospettiva della dimensione collettiva della tutela della salute ai sensi dell'articolo 32 della Carta - 7. I dubbi sull'incidente di costituzionalità sulle norme in materia di consenso informato.

1. L'iter della decisione

Con ordinanza 22.03.2022 n. 351, il Consiglio di Giustizia amministrativa della regione Sicilia ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione ad alcune previsioni del decreto legge 1° aprile n. 44 (convertito in legge 28 maggio 2021, n. 76) in materia di vaccinazione obbligatoria del personale sanitario contro l'agente infettivo di Covid-19. Oggetto di specifica contestazione sono le disposizioni racchiuse nell'articolo 4 del testo normativo nella parte in cui, da un lato, dispongono l'obbligo vaccinale e la sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie nell'ipotesi di inadempimento, dall'altro, non escludono l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria per la protezione da SARS-CoV-2.

La decisione è giunta all'esito di un'istruttoria procedimentale ampia e strutturata, nell'ambito della quale il giudice ha avanzato una specifica richiesta di chiarimenti affidata ad un organismo collegiale composto dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del Consiglio Superiore della Sanità e dal responsabile della Direzione generale di prevenzione sanitaria del medesimo dicastero.

Le delucidazioni richieste hanno riguardato, in primo luogo, alcuni profili intesi a verificare qualità e consistenza del ruolo affidato ai medici di base, tanto nella fase di avviamento, del singolo paziente, al trattamento sanitario obbligatorio, quanto nella fase di vigilanza successiva alla somministrazione del siero. In questa prospettiva è stato chiesto, ad esempio, se ai medici di base fossero state fornite adeguate direttive, prescrivendo loro di contattare i propri assistiti ai quali, eventualmente, suggerire test pre-vaccinali; oppure se fosse stato demandato ai medesimi il compito di comunicare tutti o alcuni degli eventi avversi (letali e non) e patologie dai quali fossero risultati colpiti i soggetti vaccinati.

Sotto altro profilo, il giudice ha quindi chiesto elementi istruttori in relazione ai dati raccolti dall'amministrazione circa l'efficacia dei vaccini, con specifico riferimento al numero dei vaccinati comunque contagiati successivamente al trattamento, nonché alla consistenza di ricoveri e decessi registrati nella popolazione dei vaccinati entrati in contatto con il virus.

2. Il caso giudiziario

La questione di costituzionalità viene sollevata nell'ambito di un giudizio di appello avverso l'ordinanza del T.A.R. Sicilia che ha respinto una domanda cautelare proposta da un tirocinante presso le strutture sanitarie dell'Università degli Studi di Palermo in contestazione di una nota, sottoscritta dal Rettore e dal Direttore Generale, con la quale veniva disposto che i tirocini di area medica/sanitaria potessero "proseguire in presenza all'interno delle strutture sanitarie, a seguito della somministrazione vaccinale anti Covid-19".

L'ordinanza del giudice di prime cure veniva contestata sotto una pluralità di profili. Il primo gruppo dei quali faceva perno sull'asserita natura sperimentale^[1] del vaccino, inidonea a fondare uno specifico obbligo vaccinale ostando a ciò il regolamento UE 2014 (articoli 28 e seguenti) e l'articolo 32 ultimo comma della Costituzione, il quale vieta trattamenti contrari alla dignità umana.

Nel medesimo capitolo, si inseriscono anche le censure relative ai rischi di eventi avversi a carattere di gravità, rilevati peraltro nell'ambito di un sistema di farmacovigilanza passiva (basata su segnalazioni spontanee ed incapace di offrire una stima ritenuta realistica) ed evidenziati in termini assoluti di una certa consistenza, tanto nell'VIII rapporto dell'AIFA quanto nell'ambito del database europeo "Eudravigilance".

Altri motivi di gravame mettevano altresì in dubbio l'efficacia della terapia sanitaria profilattica in termini di riduzione del rischio di contagio e la stessa applicabilità delle relative norme impositive in capo agli studenti universitari, con conseguente compressione del diritto allo studio. Un ultimo gruppo di contestazioni riguardavano poi la violazione del principio

di primazia del diritto euro-unitario con riferimento, tra l'altro, al consenso informato e al trattamento dei dati personali.

Il ragionamento sviluppato dal giudice per giungere alla sollevazione della questione di costituzionalità muove invece, com'è ovvio, dal duplice e progressivo riscontro della rilevanza della questione in rapporto al caso giudiziario e, successivamente, della sua non manifesta infondatezza. Quest'ultima valutazione, come vedremo, è condotta dal Consiglio assumendo, come parametro di riferimento, gli orientamenti che nel tempo la giurisprudenza costituzionale ha consolidato in tema di legittimità costituzionale dei trattamenti sanitari obbligatori.

3. Il quadro normativo e di prima applicazione giurisprudenziale in materia di obbligo di vaccinazione anti-Covid del personale sanitario

Il giudizio di rilevanza della questione muove, in particolare, dalla ricostruzione del quadro normativo di riferimento in materia di obbligo vaccinale del personale sanitario.

La previsione del medesimo è da rintracciarsi nell'art. 4 del d.l. n. 44/2021 che, in relazione uno tempo di vigenza originariamente fissato al 31 dicembre 2021, ha imposto il trattamento di profilassi, a titolo gratuito, a carico degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali, qualificando peraltro la vaccinazione quale "requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati".

Rispetto a questa previsione generale, l'unica eccezione normativamente riconosciuta veniva contemplata per le ipotesi di "accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale", rispetto alle quali la vaccinazione veniva riconosciuta come non obbligatoria e passibile, a seconda delle circostanze, di omissione o differimento.

Con successivi interventi normativi, il riferito impianto è stato ripetutamente modificato, sotto una pluralità di aspetti. Gli stessi hanno riguardato: l'individuazione delle categorie degli operatori di interesse sanitario tenuti al trattamento; l'estensione dell'obbligo alla dose vaccinale di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario; l'ampliamento della platea degli obbligati, fino a ricomprendere gli studenti dei corsi di laurea impegnati nello svolgimento dei tirocini pratico-valutativi finalizzati al conseguimento dell'abilitazione all'esercizio delle professioni sanitarie; la riconduzione delle ipotesi di esenzione dall'obbligo per accertato pericolo per la salute al rispetto di specifiche circolari del Ministero della salute.

Per quanto attiene, invece, alla tematica del consenso informato^[2], a venire in rilievo è la disciplina generale racchiusa nella legge 22 dicembre 2017, n. 219, laddove, all'articolo 1 stabilisce che "nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge". Tale disposizione viene comunemente applicata anche per tutte le tipologie di vaccinazioni obbligatorie previste nel nostro ordinamento, non facendo eccezione il trattamento preventivo per l'infezione da SARS-CoV-2.

A corredo del dato normativo, l'ordinanza in commento passa poi in rassegna i principali arresti giurisprudenziali^[3] che si sono sviluppati nell'applicazione delle riferite previsioni in tema di obbligo di vaccinazione anti-Covid a carico del personale sanitario e affine.

In questo quadro, il giudice siciliano cita l'ordinanza cautelare n. 192/2022 del 14.2.2022 del Tar Lombardia, sezione prima, che ha preannunciato l'incidente di costituzionalità dell'art. 4, comma 4, del d.l. n. 44/2021 (rinviando ad ulteriore e specifica ordinanza per la sollevazione della relativa questione), nella parte in cui prevede, a sanzione dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria.

A sostegno, invece, della legittimità dei provvedimenti amministrativi di attuazione della relativa normativa, l'ordinanza riporta la posizione espressa dal Consiglio di Stato, sezione III, con sentenza 20 ottobre 2021, n. 7045, nell'ambito di un articolato ragionamento teso ad enfatizzare la rilevanza delle istanze di precauzione che, in un contesto pandemico emergenziale, acquisirebbero importanza 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 come conseguenza dell'esecuzione del trattamento. Nel ragionamento del Consiglio di Stato, in particolare, l'istanza di una pronta tutela precauzionale trarrebbe la sua ragione di giustificazione più profonda nella valenza costituzionale del principio di solidarietà^[4] (articolo 2 della Carta), 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, in questa prospettiva, mette in risalto alcuni punti fermi del formante giurisprudenziale costituzionale^[5]. 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 peculiare condizione li espone a più frequenti e intense occasioni di contatto nei luoghi di cura e assistenza.

4. La valutazione di rilevanza della questione di costituzionalità

La valutazione del Collegio in punto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale discende dal riscontro dell'applicabilità, al caso di specie, della normativa in tema di obbligo vaccinale del personale sanitario anche in relazione agli studenti in tirocinio.

In questa prospettiva, il C.G.A. sottolinea il carattere infondato di quei motivi di ricorso intesi a sostenere l'inapplicabilità agli studenti tirocinanti dell'obbligo vaccinale introdotto dall'articolo 4 del d.l. n. 44/2021 per "gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario". La contestazione proposta muoveva infatti dalla constatazione di un giudizio incentrato sull'impugnazione di provvedimenti rettorali, di esecuzione dell'obbligo normativo, adottati nella vigenza dell'originaria formulazione della disposizione, laddove l'estensione dell'ambito di applicazione agli studenti in tirocinio era stata esplicitata dal

legislatore solamente in sede di conversione del successivo d.l. n. 172/2021 (che ha “rinnovato” l’obbligo vaccinale estendendolo fino alla dose di richiamo al ciclo vaccinale primario). Per questa via, parte ricorrente deduceva l’inesistenza dell’obbligo anteriormente alla sua esplicita introduzione, laddove il Collegio obietta che la normativa in tema di obbligo vaccinale dei sanitari fosse *ab initio* da interpretarsi “nel senso di includere i tirocinanti che, nell’ambito del percorso formativo, vengano a contatto con l’utenza in ambito sanitario, ricorrendo le medesime ragioni di tutela dei pazienti”. Quelle ragioni, in particolare, sono state evidenziate dalla già riferita decisione del Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 20 ottobre 2021, n. 7045, secondo la quale la vaccinazione obbligatoria per il personale medico e di interesse sanitario, in un’ottica di attuazione del canone costituzionale di solidarietà, risponde ad una chiara finalità di tutela, tanto del personale sui luoghi di lavoro, quanto degli stessi pazienti e degli utenti della sanità, pubblica e privata, a partire dalle categorie più fragili e vulnerabili, più di frequente bisognose di cura ed assistenza.

Del resto, nella medesima traiettoria, a giudizio del Collegio isolano, assumono rilievo dirimente anche le previsioni di cui all’articolo 2 del d.lgs. n. 81/2008 (integrato e modificato dal d.lgs. n. 106/2009), in materia di igiene e sicurezza del lavoro, che qualifica “lavoratore” la persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un’attività lavorativa nell’ambito dell’organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un’arte o una professione, inclusi i soggetti beneficiari delle iniziative di tirocini formativi e di orientamento, gli allievi degli istituti di istruzione ed universitari ed i partecipanti ai corsi di formazione professionale nei quali si faccia uso di laboratori, attrezzature di lavoro in genere, agenti chimici, fisici e biologici.

5. Il giudizio di non manifesta infondatezza della questione alla luce dei precedenti della giurisprudenza costituzionale

Per quanto riguarda la valutazione di non manifesta infondatezza della questione, come anticipato, il C.G.A. si affida agli indirizzi già espressi dalla Consulta in materia di limiti di legittimità costituzionale dei trattamenti sanitari obbligatori^[6].

Il punto di partenza di ogni ragionamento sviluppato dalla Corte è da rintracciarsi, ovviamente, nella necessità di individuare un punto di equilibrio tra le varie declinazioni della tutela salute che l’articolo 32 della Carta contempla: il diritto alla salute del singolo, il diritto dei terzi con cui il singolo interagisca, la salute come interesse collettivo. Quel punto di equilibrio reclama dunque la necessità di una espressa verifica proprio in tema di ammissibilità di trattamenti sanitari obbligatori, nel momento in cui il secondo comma del riferito articolo 32 ammonisce che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”.

Se infatti il legislatore può imporre trattamenti sanitari, resta in ogni caso fermo che le relative norme impositive non possano non allinearsi a quella precisa traccia costituzionale che vuole la tutela della salute garantita in tutte le sue declinazioni, a partire dalla protezione del singolo nella sua autodeterminazione al trattamento sanitario.

Per questa via e alla luce degli arresti stratificatisi nel tempo nella giurisprudenza costituzionale, il C.G.A. mette in fila una serie di condizioni che debbano rispettare le norme che prevedano specifici obblighi di vaccinazione per non porsi in contrasto con l'art. 32 della Carta.

La prima di queste condizioni deriva dalla circostanza che il trattamento debba essere 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.

Centrale, in particolare, nel ragionamento del Collegio, la posizione evidenziata dalla Corte nella sentenza 22 giugno 1990, n. 307 in tema di vaccinazione anti-polio, laddove la Consulta ebbe modo di ribadire che il trattamento vaccinale deve necessariamente mirare “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”.

Da quella decisione, peraltro, il giudice siciliano ricava anche le ulteriori condizioni di legittimità delle norme che contemplino trattamenti sanitari obbligatori.

Per quanto concerne la seconda, viene in rilievo, in particolare, quella parte della sentenza nella quale si chiarisce che “un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili”. Rispetto a questa specifica condizione, nella lettura di conformità costituzionale offerta dalla Corte nell'ambito di quella delicata ricerca di un punto di equilibrio tra le varie traiettorie della tutela costituzionale della salute, sembra che si riconosca pertanto una valenza specifica e prevalente alla dimensione individuale del diritto alla salute, posto che il principio di solidarietà verso i consociati, alla base della dimensione *collettiva* della tutela della salute può comportare “un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri”.

Approdando poi alla terza condizione di legittimità costituzionale delle norme che impongano trattamenti sanitari obbligatori, il necessario temperamento tra dimensione individuale e dimensione collettiva del diritto alla salute impone inoltre che sia “assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito (ancora Corte cost., n. 307 del 1990; ma anche n. 258 del 1994)[7].

Poste le riferite condizioni di conformità al dettato costituzionale, il lavoro del C.G.A. si è sviluppato nei termini della verifica del loro rispetto nell'ambito delle odierne previsioni di obbligo vaccinale a carico del personale sanitario e di interesse sanitario.

Nessun dubbio circa il primo parametro (che il trattamento sia diretto a migliorare o a preservare lo stato di salute sia di chi vi è assoggettato, sia degli altri). In primo luogo, il C.G.A. non ritiene infatti convincenti le obiezioni circa la natura sperimentale (come tale non idonea a fondare uno specifico obbligo terapeutico) del siero, posto il rispetto di tutte le fasi procedurali descritte nel regolamento n. 507 della Commissione Europea del 29 marzo 2006, che ha disciplinato l'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata dei medicinali.

Ma soprattutto, alla luce dei rapporti di monitoraggio offerti dall’Agenzia italiana del farmaco e dall’Istituto Superiore di Sanità, non è contestabile il profilo di efficacia complessiva della campagna di vaccinazione, “concepita, certo, con l’obiettivo di conseguire una rarefazione dei contagi e della circolazione del virus, ma anche allo scopo di evitare l’ingravescente della patologia verso forme severe che necessitano di ricovero in ospedale, obiettivo tuttora conseguito dal sistema preventivo in atto, il quale si avvantaggia, proprio grazie alla maggiore estensione della platea dei vaccinati, di una minore pressione sulle strutture di ricovero e di terapia intensiva”.

Elementi di criticità dirimenti, invece, il C.G.A. individua con riferimento alla questione del rischio di eventi avversi che, in rapporto ai riferiti indizi di costituzionalità offerti dalla Corte, come detto, devono presentarsi nei limiti di conseguenze normali e, quindi, tollerabili.

Sotto questo profilo, il ragionamento proposto si snoda lungo due piani. Il primo riguarda la consistenza degli eventi avversi, alla luce dei più recenti rapporti di cd. vaccinovigilanza predisposti dalle autorità competenti e da cui emerge un numero di eventi avversi da vaccini anti SARS-CoV-2 sensibilmente superiore alla media degli eventi avversi già registrati per le vaccinazioni obbligatorie in uso da anni. Sul punto, si legge nelle decisione: “vero è che le reazioni gravi costituiscono una minima parte degli eventi avversi complessivamente segnalati; ma il criterio posto dalla Corte costituzionale in tema di trattamento sanitario obbligatorio non pare lasciare spazio ad una valutazione di tipo quantitativo, escludendosi la legittimità dell’imposizione di obbligo vaccinale mediante preparati i cui effetti sullo stato di salute dei vaccinati superino la soglia della normale tollerabilità, il che non pare lasciare spazio all’ammissione di eventi avversi gravi e fatali, purché pochi in rapporto alla popolazione vaccinata, criterio che, oltretutto, implicherebbe delicati profili etici (ad esempio, a chi spetti individuare la percentuale di cittadini “sacrificabili”)”.

Il secondo si colloca invece a monte dell’attività di sorveglianza sugli eventi avversi e mette in dubbio la stessa idoneità del sistema, concretamente sperimentato, di farmacovigilanza[8] passiva. Si tratta di un modello che permette, sia ai professionisti del comparto sanitario che a singoli cittadini, la trasmissione di segnalazioni spontanee senza però offrire garanzie sulla corretta rilevazione dell’effettiva portata del fenomeno.

Tale metodologia, chiarisce il giudice, andrebbe invece integrata mediante azioni di farmacovigilanza attiva, ancora non praticate su larga scala e che consentono, invece, “di sottoporre ad osservazione per così dire asettica un campione di popolazione, della quale vengono raccolti, nel tempo, tutti i dati relativi allo stato di salute successivi all’assunzione del farmaco, consentendo di acquisire i dati di molte persone vaccinate e confrontarli con quelli che ci si aspetterebbe in quella fascia d’età solo per effetto del caso”.

Ulteriori elementi nella medesima direzione (quella di un sistema di vaccinazione diffusa incapace di contenere il rischio di eventi avversi nei confini della normale tollerabilità) vengono da ultimo rilevati sotto il profilo della inadeguatezza del modello di triage pre-vaccinale in concreto sperimentato, affidato esclusivamente al personale sanitario che esegue la vaccinazione. In assenza della specifica richiesta di esami di laboratorio preventivi o specifici accertamenti diagnostici, a giudizio del C.G.A., sarebbe stato opportuno immaginare un contributo della rete della medicina generale, anche nella prospettiva di mitigare le sacche di esitazione vaccinale.

Poste queste premesse, il giudice risolve nel senso della promozione dell'incidente di costituzionalità dell'art. 4, commi 1 e 2, del d.l. n. 44/2021 (convertito in l. n. 76/2021), nella parte in cui prevede, l'obbligo vaccinale per il personale sanitario e la sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie come effetto del relativo inadempimento. Il conflitto con le disposizioni della Carta è ritenuto essere conseguenza della violazione dei "seguenti articoli della Costituzione: 3 (sotto i parametri di razionalità e proporzionalità); 32 (avuto riguardo alla compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria in relazione a trattamenti farmacologici suscettibili di ingenerare effetti avversi non lievi né transitori); 97 (buon andamento, anche in relazione alle criticità del sistema di monitoraggio); 4 (diritto al lavoro), nonché art. 33 e 34 (diritto allo studio), oggetto di compressione in quanto condizionati alla sottoposizione alla vaccinazione obbligatoria; 21 (diritto alla libera manifestazione del pensiero, che ricomprende il diritto ad esprimere il proprio dissenso), in relazione all'obbligo di sottoscrizione del consenso informato per poter accedere ad un trattamento sanitario imposto; oltre che con il principio di proporzionalità e con il principio di precauzione desumibili dall'art. 32 Cost. (avuto riguardo alle più volte rilevate criticità del sistema di monitoraggio, nonché all'assenza di adeguate misure di attenuazione del rischio quali analisi e test pre-vaccinali e controlli post vaccinazione)".

6. Qualche considerazione intorno alla legittimità dell'obbligo vaccinale nella prospettiva della dimensione collettiva della tutela della salute ai sensi dell'articolo 32 della Carta.

Ogni valutazione dell'ordinanza del C.G.A. che solleva la questione di legittimità costituzionale della normativa in tema di obbligo di vaccinazione anti-Covid (del personale sanitario e di interesse sanitario) non può che procedere su due livelli diversi di approfondimento. Il primo è legato all'operato del giudice *a quo*, il secondo attiene alla prospettiva del giudizio di costituzionalità.

Sotto il primo profilo, almeno per quanto concerne la contestazione delle disposizioni che impongono il trattamento sanitario obbligatorio e sanzionano l'inadempimento con la sospensione dall'esercizio della professione (più avanti qualche distinguo sarà proposto per quanto concerne la questione di costituzionalità sollevata avverso le norme in tema di necessario rilascio di apposito consenso informato), il ragionamento del giudice appare sviluppato con rigore e correttezza di metodo.

Questo metodo muove, come riferito, dal confronto con i parametri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale che ha ragionato sulla conformità alla Carta di altre previsioni normative in materia di trattamenti sanitari obbligatori. Quei parametri sono stati vagliati in relazione alle recenti norme dell'emergenza pandemica che prevedono il riferito obbligo di vaccinazione e fino a far emergere indizi di collisione con specifiche norme costituzionali, a partire dall'articolo 32 sul diritto alla salute. Tale norma, come abbiamo visto, viene infatti comunemente interpretata nel senso di non legittimare disposizioni di legge che impongano trattamenti sanitari dalla cui esecuzione possano derivare rischi per la salute del singolo che vadano oltre il limite della normalità e della tollerabilità. Tale limite è valutato dal C.G.A. come superato nel caso di specie, in considerazione dei risultati dei controlli di farmacovigilanza e pur con i limiti di un sistema fondato principalmente su segnalazioni a carattere spontaneo degli eventi avversi.

Ricostruito in questi termini, l'incidente di costituzionalità appare ragionevole nella sua proposizione, in quanto fondato su orientamenti specifici del giudice delle leggi, maturati intorno a vicende normative analoghe, quantomeno *prima facie*.

Peraltro, com'è noto, il tema della vaccinazione obbligatoria anti-Covid (nelle sue varie declinazioni e in relazione alle diverse fonti normative di introduzione) ha rappresentato, nel dibattito pubblico dell'ultimo periodo, un argomento lacerante, intorno a quale un chiarimento definitivo, dall'autorevole osservatorio Corte costituzionale, appare senza dubbio opportuno, specie in presenza di indizi di illegittimità ricavabili da orientamenti stratificati.

Sotto il diverso profilo, invece, delle prospettive del giudizio di costituzionalità, qualche dubbio sull'esito di abrogazione delle norme impugnate ci sembra si possa avanzare.

La questione arriva infatti alla Corte sulla scorta dell'esame di indirizzi che la stessa ha maturato rispetto a precedenti che probabilmente sono analoghi solo in prima apparenza. Quei precedenti fanno riferimento a normative approvate al di fuori di una condizione di emergenza pandemica, in un regime di normalità.

È un dato che la stessa ordinanza considera, peraltro, dimostrando consapevolezza dell'esito per nulla scontato del giudizio di costituzionalità, laddove, per quanto in forma incidentale, rileva che “vi è da dubitarsi della coerenza dell'attuale piano vaccinale obbligatorio con i principi affermati dalla Corte, in riferimento, va sottolineato, a situazioni per così dire ordinarie, non ravvisandosi precedenti riferiti a situazioni emergenziali ingenerate da una grave pandemia”.

Chi scrive ha già avuto modo di sottolineare, in questa sede ma in altro contributo a commento della riferita sentenza n. 7045/2021 del Consiglio di Stato^[9], il carattere dirimente di una condizione di emergenza pandemica rispetto all'ordinario dispiegarsi delle misure di sanità pubblica, ovvero quell'insieme di strumenti legislativi, amministrativi e sanitari intesi a proteggere e migliorare la salute generale e la qualità della vita della popolazione complessivamente considerata.

Si tratta di interventi che comportano tendenzialmente 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 soggetto.

In questo quadro, le misure di incentivazione vaccinale, sia nelle forme dell'obbligo che della raccomandazione^[10], occupano tradizionalmente uno spazio importante, reso più evidente dagli interventi legislativi del 2017^[11], reintroduttivi dell'obbligo di profilassi sanitaria a carico dei minori in riferimento ad una pluralità di agenti patogeni.

Anche quest'ultima normativa peraltro ha originato un contenzioso innanzi alla Corte costituzionale, risolto con la sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018^[12]. In quella decisione, com'è noto, la Consulta ha ribadito le condizioni che sostengono la conformità alla Carta delle norme in tema di vaccinazioni obbligatorie (ritenute rispettate nel caso di specie) e che abbiamo già evidenziato essere state assunte dal C.G.A. a parametro della più recente sollevazione dell'incidente di costituzionalità.

Quella normativa, in ogni caso, si colloca in un contesto nel quale le misure di sanità pubblica operano in una dimensione tradizionale e di tipo preventivo (implementate peraltro secondo tecniche precauzionali).

Diverso è il modo di agire, invece, delle misure di sanità pubblica in un contesto di pandemia, certificata dalla temporanea delibera governativa dello stato di emergenza di rilievo nazionale ai sensi dell'articolo 24 del Codice della protezione civile (Decreto legislativo n.1 del 2 gennaio 2018). Nel lessico dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, la condizione di pandemia consegue alla "la diffusione mondiale di una nuova malattia, molto contagiosa e ad alta mortalità, per la quale le persone non hanno immunità". In questo contesto, le misure di sanità pubblica si trovano a dover intervenire non solo su di una popolazione da proteggere, con misure preventive di profilassi, ma su di una popolazione ammalata, da dover curare per via di un virus ad alta capacità di contagio[13] e di rilevante efficacia patogena. Le misure di sanità pubblica si calano dunque in una dimensione di contesto e in quella dimensione di contesto traggono la ragione della relativa legittimazione, anche in considerazione del diverso ruolo che sono chiamate a svolgere.

Con riguardo al nostro ordinamento, questo diverso modo di operare appare peraltro conforme all'impianto costituzionale che, all'articolo 32, sappiamo contemplare la tutela della salute nelle sue diverse traiettorie, tanto come diritto dell'individuo, quanto come interesse della collettività[14], in una dimensione che può essere letta anche in termini di dovere costituzionale[15]. Ciascuna di queste traiettorie può infatti assumere, a seconda dei contesti nei quali una determinata normativa è chiamata ad intervenire, rilievo prevalente per quanto non esclusivo.

Poste queste premesse si può pertanto avanzare qualche dubbio intorno alla circostanza che la Corte possa davvero applicare fedelmente quei precedenti che la stessa ha consolidato nel tempo rispetto a norme impositive di trattamenti sanitari in funzione di contenimento epidemico e non di contrasto pandemico.

La Corte potrebbe altresì operare nel senso di ricalibrare quelle condizioni che la stessa ha già descritto come legittimanti misure normative recanti obblighi di vaccinazione alla luce della ritenuta prevalenza, nel caso di specie e per il tempo del perdurare di conclamate e documentate condizioni emergenziali, della traccia di tutela della salute come interesse della collettività. Per questa via, alcuni dei parametri definiti dalla giurisprudenza della Corte potrebbero allora essere oggetto di rivalutazione e adeguamento alle condizioni di contesto nelle quali le norme sono chiamate ad operare. A partire dall'*input* secondo cui gli effetti avversi del trattamento sanitario debbano essere normali e tollerabili. Se si enfatizza infatti la dimensione collettiva della tutela della salute nella prospettiva dell'articolo 32, non può escludersi che quei canoni della normale tollerabilità possano essere valutati in relazione alla portata eccezionale del fenomeno pandemico, in un'ottica che, assunta la razionalità scientifica[16] dell'intervento, guardi principalmente alla proporzionalità[17] della misura rispetto all'obiettivo da raggiungere[18]: la cura della popolazione in un contesto di emergenza sanitaria.

7. I dubbi sull'incidente di costituzionalità sulle norme in materia di consenso informato

Come già anticipato, qualche dubbio in più, in termini di verifica della non manifesta infondatezza della relativa questione, solleva l'ordinanza in commento laddove propone incidente di costituzionalità anche rispetto all'articolo 1 della legge 22 dicembre 2019 n. 217, nella parte in cui non prevede l'espressa esclusione dalla sottoscrizione del consenso informato nelle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori, nonché rispetto all'art. 4, del d.l. n. 44/2021, nella parte in cui non esclude l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso della vaccinazione obbligatoria anti-Covid del personale sanitario, per contrasto con gli articoli 3 e 21 della Costituzione.

Sotto questo profilo, il giudice siciliano mostra di non condividere la tesi prospettata, in sede istruttoria, dall'organismo incaricato, secondo cui, nel caso di vaccinazione obbligatoria, il consenso andrebbe inteso quale presa visione, da parte del cittadino, delle informazioni fornite. Un argomento ritenuto irrazionale per considerazioni definite sia logiche che giuridiche, posto che "il consenso viene espresso a valle di una libera autodeterminazione volitiva, inconciliabile con l'adempimento di un obbligo previsto dalla legge", qualificato come indispensabile ai fini dell'esplicazione di un diritto costituzionalmente tutelato quale il diritto al lavoro.

Si tratta di considerazioni che, in realtà, non sembrano porsi in linea di continuità con gli stessi indirizzi costituzionali che il C.G.A. ha scrupolosamente applicato per desumere la non manifesta infondatezza della questione di legittimità delle norme impositive dell'obbligo vaccinale.

Proprio la più volte richiamata decisione n. 307 del 1990 della Corte costituzionale ha ribadito infatti che le attività di somministrazione di un presidio farmacologico devono essere "accompagnate dalle cautele o condotte secondo le modalità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla sua natura". In questa prospettiva, la Corte ha chiarito come non potesse essere in alcun modo omessa specifica "comunicazione alla persona che vi è assoggettata, o alle persone che sono tenute a prendere decisioni per essa e/o ad assisterla, di adeguate notizie circa i rischi di lesione (...), nonché delle particolari precauzioni, che, sempre allo stato delle conoscenze scientifiche, siano rispettivamente verificabili e adottabili".

Se è vero che la giurisprudenza costituzionale reclama dunque specifiche informazioni intorno a rischi del trattamento e precauzioni da sperimentare senza comunque imporre la raccolta di uno specifico consenso, è anche vero che lo strumento del consenso è sicuramente una tecnica che garantisce l'effettiva presa di conoscenza di un'informazione. Probabilmente è anzi l'unica tecnica compatibile con un dato costituzionale che, nell'ultima parte dell'articolo 32, ammonisce che la legge impositiva di un trattamento sanitario "non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

Il rispetto della dignità della persona impone pertanto che il legislatore metta in campo tutti gli strumenti di tutela del soggetto obbligato al trattamento vaccinale e, in questa prospettiva, la lettura offerta dall'autorità pubblica del consenso informato in termini di presa visione da parte del cittadino delle informazioni fornite appare assolutamente in linea con il dettato costituzionale nel momento in cui favorisce, più di ogni attività informativa unilaterale dell'amministrazione, una consapevolezza che, in ultima analisi, può consentire al vaccinato un più attento e meditato monitoraggio delle proprie condizioni di salute successivamente alla sottoposizione al trattamento vaccinale.

Più a monte, non sembra esserci ragione di distinguere, in punto di applicazione delle regole sul consenso informato, tra trattamenti sanitari liberi e trattamenti obbligati anche ragionando sul carattere coercitivo delle norme comunemente adottate per imporre specifici obblighi vaccinali. Per come il legislatore costruisce la fattispecie normativa in esame, appare infatti opportuno distinguere tra carattere obbligatorio del trattamento e carattere coercitivo in termini assoluti dello stesso. Sotto quest'ultimo profilo, nel caso dell'obbligo di vaccinazione anti-Covid per i sanitari (ma il discorso sarebbe riproponibile anche per altre ipotesi normative di vaccinazione obbligatoria^[19], a partire da quelle imposte ai minori con la normativa del 2017), l'effetto coercitivo è sicuramente esistente, in quanto deriva dalla prospettiva di una sanzione particolarmente severa, ma relativo.

La sanzione stessa contempla infatti l'alternativa, dal prezzo altissimo, corrispondente alla sospensione dal lavoro^[20]. Quell'alternativa, come l'esperienza pratica ha del resto evidenziato, lascia al singolo uno spazio, ancorché estremamente compresso, di autodeterminazione in ordine alla sottoposizione all'atto sanitario imposto.

Peraltro, concludendo, la sanzione della sospensione dall'esercizio della professione, nella sua severità, resta, in ogni caso, il frutto di una precisa scelta del legislatore, che, nell'ambito della recente normativa emergenziale, cristallizza evidentemente una prevalenza della tutela della salute nella sua dimensione collettiva rispetto alla tutela del diritto al lavoro. Si può allora contestare quella scelta del legislatore e lo si è fatto promuovendo, opportunamente, l'incidente di costituzionalità sulle relative norme, ma viene da dubitare che, in ogni caso, la questione di legittimità delle disposizioni in materia di consenso informato possa trovare lo spazio per una definizione che sia svincolata dall'esito dell'impugnazione costituzionale delle norme sull'obbligo di trattamento vaccinale.

[1] Sul tema, A. Cauduro, *Autorizzazione all'immissione in commercio condizionata e vaccinazione Covid-19*, in questa Rivista, 2021; M. Maggiolini, R. Rolli, "Authorities" e gestione dei farmaci. La rete amministrativa del farmaco tra AIFA ed EMA, in *DPCE Online*, 2021, 2.

[2] Per un inquadramento generale, M.N. Bugetti, *La disciplina del consenso informato nella legge 219/2017*, in *Rivista di diritto civile*, 2019, 1.

[3] In tema si veda anche D. Donati, *La legittimità dell'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 2.

[4] Nell'ambito di una traccia più volte evidenziata dalla Corte costituzionale. Si veda C. Cost. n. 268/2017. Sul tema si rinvia a N. Vettori, *L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei principi costituzionali*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2018, 1.

[5] M. C. D'Arienzo, *Al di là del nesso autorità/libertà: i recenti sviluppi della politica vaccinale italiana alla prova dei fatti e nell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa tra diritto alla salute pubblica, rischi per la salute individuale, garanzia ed effettività dei diritti fondamentali ed equilibrio economico-finanziario*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, 2.

[6] Sul tema si veda F. Minni, A. Morrone, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 2013, 3.

[7] F. Passananti, *Le vaccinazioni obbligatorie o raccomandate ed il diritto all'indennizzo*, in www.ambientediritto.it, 2021, 2.

[8] In argomento, G. Massari, *La sicurezza dei farmaci in Italia, tra vincoli soprannazionali e riparto interno di competenze*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2015, 1. La normativa europea in materia di farmacovigilanza è stata modificata con l'adozione, nel 2010, del Regolamento UE 1235/2010 e della Direttiva 2010/84/UE. Per le modalità operative, si veda il Regolamento di Esecuzione (UE) 520/2012 del 19 giugno 2012.

[9] F. Gambardella, *Obbligo di vaccinazione e principi di precauzione e solidarietà*, in *questa Rivista*, 2021.

[10] B. Liberali, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *BioLaw Journal – rivista di BioDiritto*, 2019, 3.

[11] Decreto legge 7 giugno 2017, n. 73.

[12] V. Ciaccio, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 5 del 2018*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 1.

[13] Peraltro, il dato secondo cui “nell’introduzione dei vaccini obbligatori la contagiosità non costituisce una condizione sempre indefettibile” è evidenziato, con riguardo al caso della vaccinazione per il tetano, da V. De Santis, *Dalla necessità dell’obbligo vaccinale alla realtà del green pass*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 2021, 3.

[14] Sulla “struttura duale” dell’articolo 32 della Costituzione, L. Longhi, *I trattamenti sanitari obbligatori costituzionalmente orientati tra proporzionalità e solidarietà*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2021, 1. Nella vasta bibliografia sul tema, si rinvia ampiamente a: R. Ferrara, *L’ordinamento della sanità*, Torino, 2007; M. Cocconi, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998; M. Luciani, *Salute* (ad vocem), in *Enciclopedia Giuridica*, XXVII, Roma, 1991, 4; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983; C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1961.

[15] F. Grandi, *L’art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o “recrudescenza” di un dovere?*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 1.

[16] D. Zanoni, *Razionalità scientifica e ragionevolezza giuridica a confronto in materia di trattamenti sanitari obbligatori*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1.

[17] La circostanza per cui la proporzionalità, elemento essenziale dell’approccio precauzionale, trova un diverso punto di equilibrio a seconda del contesto nel quale vengono assunte le misure precauzionali è rilevata con attenzione da F. Scalia, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi.it*, 2020, 32.

[18] In questo senso, A. Patanè, *La costituzionalità dell’obbligo vaccinale all’interno del difficile equilibrio tra tutele e vincoli nello svolgimento dell’attività lavorativa*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, 2.

[19] Per un approfondimento, K. Mascia, *Prestazione del consenso informato in ambito di vaccinazioni obbligatorie*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 5.

[20] Sulla vaccinazione come onere e non obbligo a carico del personale sanitario, C. Pisani, *La disciplina della sospensione del lavoratori non vaccinati*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 2022: “non si tratta di violare la libertà del lavoratore-cittadino di non vaccinarsi, bensì di prendere atto che la persona non può sdoppiarsi, sicché inevitabilmente alcune sue vicende o scelte della sua vita privata possono incidere negativamente sul rapporto di lavoro, sia per quanto riguarda il funzionamento dell’organizzazione, sia per quanto riguarda i requisiti soggettivi del lavoratore stesso”.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2573 – 8 dicembre 2022

Comunicazione all'interessato ed onere di motivazione nei procedimenti per il rilascio di interdittive antimafia (nota a T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, sent. 14 settembre 2022, n. 1518)

di Silia Gardini*

Sommario: 1. Inquadramento della vicenda giuridica – 2. La (ri)nascita dell'istruttoria procedimentale: l'art. 92, comma 2-*bis* del d.lgs. n. 159/2011 – 3. La decisione del T.A.R. Calabria – 4. Notazioni conclusive

1. Inquadramento della vicenda giuridica

La lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso ha conquistato, negli ultimi decenni, spazi sempre più ampi anche sul versante del diritto amministrativo, laddove il pericolo di inquinamento criminoso ha indotto il legislatore a predisporre un sistema di accertamento preventivo volto ad arrestare “a monte” i contatti della pubblica amministrazione con soggetti potenzialmente sottoposti ad infiltrazioni mafiose, anche indirette^[1].

La sentenza annotata offre l'occasione per affrontare il tema, assolutamente centrale ed ampiamente dibattuto, relativo alla partecipazione dei privati ai procedimenti amministrativi preordinati all'emanazione di provvedimenti interdittivi antimafia. Il caso sottoposto alla cognizione del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria trae origine dall'emissione di un'informativa interdittiva a carico del titolare di uno stabilimento balneare, dalla quale erano derivati – a cascata – la revoca della concessione demaniale marittima da parte del Comune ed il “rigetto” della SCIA per l'esercizio delle attività del bar annesso allo stabilimento. Il provvedimento *de quo*, fondato sull'esistenza di diversi precedenti penali e di

polizia per reati, anche di tipo mafioso, in capo ai familiari del destinatario, era stato tuttavia emanato in assenza di comunicazione di avvio del procedimento, escludendo dunque – a monte – la partecipazione dell'interessato.

Prima di esaminare più nel dettaglio la questione giuridica e la decisione assunta a riguardo dal Giudice amministrativo, appare opportuno richiamare brevemente la disciplina sostanziale sulla quale essa si è incardinata e, in particolare, soffermarsi sulla particolare natura degli interessi coinvolti nel procedimento interdittivo, da cui discende la rilevanza della stessa vicenda processuale^[ii].

L'informazione interdittiva antimafia è, com'è noto, un provvedimento di natura cautelare e preventiva che determina in capo al soggetto destinatario una particolare forma di incapacità giuridica nei rapporti con la pubblica amministrazione. Quel che vale a connotare spiccatamente tali provvedimenti è il fatto che essi si fondano su un giudizio di mera eventualità, che si esprime in un ampio grado di discrezionalità in merito a valutazioni fisiologicamente opinabili, poiché attinenti all'apprezzamento – avendo riguardo ad elementi sintomatici e indiziari – del rischio di ingerenza mafiosa e non all'accertamento della effettiva sussistenza del fatto^[iii]. La valutazione è condotta, dunque, secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere ad un livello di certezza oltre “ogni ragionevole dubbio”, tipica dell'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere “più probabile che non”, appunto, il pericolo di infiltrazione mafiosa^[iv].

In tale contesto, la declinazione del principio di legalità presenta una forma atipica, poiché l'esercizio del potere amministrativo non si esprime semplicemente attraverso la riconduzione del fatto ad una fattispecie normativa astratta, ma contempla la preventiva espressione di un'apposita valutazione – che definiamo “giudizio di eventualità” – sul potenziale sviluppo del fatto in questione, ai fini della sua attinenza alla fattispecie stessa.

L'estensione della normativa antimafia al sistema amministrativo presenta, invero, un tema di fondo che si sostanzia nella propensione legislativa a massimizzare l'interesse pubblico primario ad essa sotteso. Il difficile bilanciamento tra la “ragion pubblica” e le garanzie dei cittadini dinanzi al potere viene, infatti, radicalmente operato in favore della prima. Così, l'istituto dell'informativa antimafia è passato dall'essere un elemento necessario soltanto nei casi in cui un operatore economico intendesse stipulare contratti con la pubblica amministrazione, ricevere da essa sovvenzioni o sfruttare economicamente beni pubblici, al diventare un fattore preclusivo all'emanazione di qualsivoglia provvedimento autorizzatorio da parte dell'amministrazione stessa a favore di soggetti ritenuti *potenzialmente* influenzati da sistemi di natura mafiosa, determinando, di fatto, l'insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di tutte quelle situazioni giuridiche soggettive che determinino rapporti giuridici con la Pubblica amministrazione^[v].

Emerge, allora, in tutta evidenza, la centralità e l'importanza della sottoposizione del potere prefettizio ad una attenta procedimentalizzazione, che, soprattutto attraverso l'accorta estrinsecazione della fase istruttoria, rappresenta il più importante – forse l'unico – elemento di garanzia per i cittadini, da far valere anche nella eventuale successiva sede giudiziaria.

2. La (ri)nascita dell'istruttoria procedimentale: l'art. 92, comma 2-*bis* del d.lgs. n. 159/2011

Il procedimento di rilascio dell'informazione antimafia è disciplinato dagli artt. 90 ss. del d.lgs. 159/2011. La vera e propria istruttoria procedimentale si apre, ai sensi dell'art. 92, laddove in sede di consultazione della Banca dati unica presso il Ministero dell'Interno si registrino profili indiziati astrattamente ostativi al rilascio dell'informazione liberatoria e si estrinseca in una serie non tipizzata di accertamenti riservati al Prefetto.

Tradizionalmente, in tali procedimenti il contraddittorio partecipativo era escluso o confinato ad ipotesi eventuali e non vincolanti^[vi], come quella^[vii] prevista dall'art. 93, comma 7, a ragione della particolare connotazione del provvedimento emanato e delle (presuntivamente) intrinseche necessità di celerità e segretezza.

Com'è noto, è la stessa legge n. 241/1990 a contemplare quelli in dottrina sono stati denominati "atti necessitati"^[viii], ovvero provvedimenti amministrativi in cui l'urgenza di agire giustifica «modificazioni strutturali derivate»^[ix] dell'atto ai fini della tutela dell'interesse pubblico^[x]. Tipico esempio è la deroga all'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento previsto in via generale dall'art. 7 nei casi in cui emergano «particolari esigenze di celerità» ed al fine di evitare il protrarsi di situazioni antiggiuridiche^[xi]. Tuttavia, in materia di informative antimafia, la giurisprudenza amministrativa era giunta a qualificare l'urgenza alla stregua di un ineliminabile presupposto di fatto dell'atto, tale da giustificare la totale assenza di qualsivoglia comunicazione all'interessato, suscitando in dottrina dubbi in merito alla stessa compatibilità dell'istituto con i principi, anche costituzionali, dell'azione amministrativa^[xii].

A seguito dell'importante modifica al Codice antimafia introdotta dal d.l. n. 152/2021, lo scenario pare parzialmente differente. Il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 91 prevede infatti che, laddove in sede di primo accertamento si riscontrino elementi indiziari tali da giustificare la possibile emanazione di un provvedimento interdittivo – ossia la sussistenza di cause di decadenza, sospensione o di divieto di cui all'art. 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4 – il Prefetto debba darne tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è, poi, assegnato al privato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere audizione dinnanzi all'autorità prefettizia, secondo le modalità già previste dall'art. 93.

L'istituto appare come una sorta di comunicazione "tardiva" di avvio del procedimento, sicuramente atipica, poiché di natura eventuale e collocata in una fase procedimentale già avanzata. La circolare del Ministero dell'Interno n. 77635/2021 l'ha qualificata come "preavviso di interdittiva", accostandola alla *ratio* del preavviso di rigetto di cui all'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990, del quale non può tuttavia essere considerata una *species*, non collocandosi nell'ambito di procedimenti ad istanza di parte.

Come opportunamente rilevato^[xiii], peraltro, la previsione rischia di perdere nella prassi la sua effettività, a causa dell'ampio margine di discrezionalità che ne determina l'applicazione e che si traduce in un duplice limite. Il primo è rappresentato dalla valutazione delle «particolari esigenze di celerità del procedimento»; l'altro riguarda l'esclusione della comunicazione di «elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare

procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose». Di talché, ogni qual volta l'Amministrazione prefettizia ritenga sussistente una motivata urgenza di provvedere ovvero valuti gli elementi istruttori interamente (o quasi) non disvelabili, la comunicazione diverrebbe, rispettivamente, preclusa o inutile.

Malgrado tali limitazioni, non può non rilevarsi come l'evidente capovolgimento prospettico della norma operata dalla riforma del 2021, imponga ora che l'eventuale provvedimento adottato *de plano* illustri – con un'adeguata motivazione – le ragioni per cui l'adempimento dell'obbligo comunicativo avrebbe potuto compromettere il soddisfacimento dell'interesse pubblico cui il provvedimento è rivolto^[xiv]. In sostanza, se prima l'assenza di contraddittorio era la regola, ora è la stessa assenza a dover essere giustificata, seppur con l'agevole ricorso ad ampie fattispecie di esclusione.

3. La decisione del T.A.R. Calabria

La sentenza in commento – che interviene proprio sull'adeguatezza della motivazione in merito all'esclusione delle garanzie partecipative previste dall'art. 92, comma 2-*bis* del Codice antimafia – coglie perfettamente la *ratio* di rinnovamento della riforma legislativa sopra richiamata. Dopo aver accolto la domanda di tutela cautelare monocratica ai sensi dell'art. 56 c.p.a., il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria ha adottato la decisione con sentenza breve, *ex art.* 60 c.p.a., considerando assorbente e dirimente la vicenda in esame.

Nel caso di specie, infatti, le «particolari esigenze di celerità del procedimento» previste dalla norma erano state genericamente motivate dalla Prefettura di Catanzaro facendo riferimento alla necessità di interrompere tutti i rapporti tra la società destinataria del provvedimento e la pubblica Amministrazione, sulla scorta dei rapporti, anche familiari, intrecciati con ambienti malavitosi locali, nonché all'opportunità di revocare la concessione demaniale marittima di cui la stessa è titolare prima della fine del periodo estivo.

Il Giudice amministrativo ha considerato tale motivazione insufficiente ed in contrasto con la nuova disciplina normativa alla luce di due considerazioni.

La prima attiene agli elementi di “collegamento” mafioso rilevati dall'amministrazione, che pur potendo costituire la ragione per l'emissione del provvedimento interdittivo alla chiusura del procedimento, non sono ritenuti in grado di giustificare *ex se* le esigenze di celerità e, dunque, l'esclusione del contraddittorio. L'onere di motivazione, sotto tale punto di vista, avrebbe dovuto, diversamente, esprimersi in una “urgenza qualificata”, congruamente rappresentata con riguardo alle concrete esigenze di soddisfacimento del pubblico interesse cui il provvedimento è proteso. D'altro canto, ragionando diversamente, si finirebbe per svuotare di significato la stessa novella legislativa dell'art. 92, poiché l'istruttoria – finalizzata all'acquisizione di ulteriori rilevanti elementi conoscitivi da parte dell'Amministrazione – verrebbe assorbita a monte dai profili indiziari riscontrati in prima analisi.

La seconda argomentazione di lega alla possibile applicazione delle c.d. misure amministrative di prevenzione collaborativa, pure introdotte dalla riforma del 2021. Si tratta, com'è noto, di disposizioni volte ad evitare il pesante effetto interdittivo ed adottabili laddove

in fase istruttoria emergano ipotesi di agevolazione mafiosa meramente occasionale. Tali misure consentono dunque – a fronte del carattere meramente occasionale dei tentativi di infiltrazione e coerentemente con la volontà legislativa di diversificare le azioni amministrative di prevenzione – di anticipare nella fase amministrativa le misure di *self cleaning* previste per il controllo giudiziario, aprendo la via ad una collaborazione tra imprese ed amministrazione^[xvi].

Secondo la ricostruzione del Giudice amministrativo, l'amministrazione prefettizia avrebbe dovuto, anche in questo caso, motivare adeguatamente l'impossibilità di neutralizzare il rischio di infiltrazione attraverso l'applicazione dell'art. 94-*bis*, facendo applicazione del principio di proporzionalità amministrativa^[xvi].

4. Notazioni conclusive

La pronuncia annotata si inserisce in un filone giurisprudenziale che manifesta apprezzabili aperture verso le garanzie partecipative nell'ambito dei procedimenti amministrativi interdittivi^[xvii], seppur con i temperamenti dovuti alla particolarità degli interessi coinvolti ed alla natura del provvedimento adottato. All'amministrazione prefettizia non si chiede più soltanto di rappresentare il pericolo di infiltrazione come elemento giustificativo della "specialità" della vicenda procedimentale, ma anche di adempiere correttamente agli oneri istruttori e motivazionali, giustificando espressamente il mancato coinvolgimento del privato interessato.

La strada verso la realizzazione di un contraddittorio effettivo appare, tuttavia, lunga e la "ragion pubblica preventiva" risulta ancora assolutamente prevalente nel bilanciamento con gli interessi delle imprese. Basti pensare che il termine di venti giorni previsto dall'art. 92, comma 2-*bis* per la presentazione di osservazioni e documenti è inferiore a quello di trenta giorni previsto dalla legge generale sul procedimento per la formazione del silenzio rigetto sull'istanza di accesso agli atti. Ciò vuol dire che, in caso di tardiva (o tacitamente negata) ostensione dei documenti da parte dell'Amministrazione, la partecipazione dell'interessato potrebbe svolgersi in assenza di elementi conoscitivi anche importanti e senza la possibilità di adire il Giudice amministrativo.

Si tratta di distorsioni che andrebbero corrette dal legislatore, soprattutto nell'ottica del necessario "recupero" dell'impresa, che dovrebbe essere connaturata a misure – quali sono quelle antimafia – di natura preventiva e non sanzionatoria^[xviii]. In tale prospettiva, la valorizzazione del dialogo con il privato destinatario del provvedimento, anziché rappresentare un fattore di rallentamento o di pregiudizio dell'azione amministrativa, potrebbe determinarne invece un proficuo rafforzamento^[xix].

*Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro.

[i] Sul punto si veda, *ex multis*, AA.VV., *Diritto amministrativo e criminalità*, Atti del XVIII Convegno di Copanello, 28-29 giugno 2013, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Milano, 2013, *passim*.

[ii] Per un approfondimento, si rinvia a F. Figorilli e V. Giulietti, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali e di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2021; M. Mazzamuto, *Pil salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, in *Sistema penale*, 2020; F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e costituzionalità della lotta «anticipata» alla criminalità organizzata*, in *Giustamm*, 2018.

[iii] Cfr., *ex multis*, da ultimo Cons. St., sez. III, 21.06.2022, n. 5086, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[iv] Cfr., per tutte, Cons. St., sez. III, 30.01.2019, n. 758; Cons. St., sez. III, 3.05.2016, n. 1743, e la giurisprudenza successiva, tutta conforme, da considerarsi qui richiamata, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina: 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*, in *Il dir. dell'econ.*, 3/2018, 1125 ss.

[v] Cfr., Consiglio di Stato Ad. Plen., 6.04.2018, n. 3, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[vi] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 7 dicembre 2021, n. 8178, in *www.giustizia-amministrativa.it*. La giurisprudenza non mancava, tuttavia, di auspicare «un quantomeno parziale recupero delle garanzie procedurali (...) in tutte quelle ipotesi in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire utili elementi a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale»: così, Cons. Stato, Sez. III, 30 luglio 2020, n. 4979, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[vii] L'art. 93, comma 7 del Codice antimafia, nella formulazione precedente alla riforma del 2021, riconosceva al Prefetto, ove ritenuto opportuno, la facoltà di invitare, ove lo ritenesse utile, «i soggetti interessati a produrre» documenti ed informazioni.

[viii] M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. sez. civ.*, XXVII, I quadr., 1948, ora in *Scritti*, vol. II, 1939-1948, Giuffrè, Milano, 949 ss.

[ix] M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., 952.

[x] Per un approfondimento sul tema, sia consentito il rinvio a S. Gardini, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Il Diritto dell'economia*, 2/2020.

[xi] Per un preciso inquadramento dottrinale dell'art. 7 della l. 241, si rinvia a R. Proietti, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Commento agli artt. 7-8, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. Sandulli, Giuffrè, Milano, 2017, 566 ss. e, più in generale, a E. M. Marengi, *I confini del diritto alla partecipazione*, Giuffrè, Milano, 2013, *passim*.

[xii] Cfr., F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza*, cit..

[xiii] Cfr., N. Durante, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, intervento svolto al convegno "Il nuovo volto delle interdittive antimafia alla luce del P.N.R.R.", T.A.R. Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, 8 aprile 2022. Sul punto, anche M. Cocconi, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia*, in *Federalismi.it*, 2022.

[xiv] Cfr., N. Durante, *Il contraddittorio*, cit.

[xv] Cfr., M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in questa *Rivista*, 2022.

[xvi] La norma prevede, in particolare, che il Prefetto, quando accerti che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescriva all'impresa, società o associazione interessata l'osservanza, per un periodo compreso tra sei e dodici mesi, di una o più misure tra: l'adozione e l'efficace attuazione di misure organizzative, anche ai sensi del d. lgs. 231/2001, per rimuovere e prevenire le cause di agevolazione; la comunicazione al gruppo interforze di una serie di atti (di disposizione, acquisto, pagamento effettuati, di pagamenti ricevuti, di incarichi professionali conferiti e di amministrazione e gestione fiduciaria ricevuti), di valore non inferiore a 5.000 euro (o valore superiore definito dal prefetto), entro quindici giorni dal loro compimento; la comunicazione al gruppo interforze, da parte di società di persone o capitali, dei finanziamenti in qualsiasi forma erogati da parte di soci o di terzi;

la comunicazione al gruppo interforze dei contratti di associazione in partecipazione stipulati; l'utilizzo di un conto corrente dedicato, per pagamenti, riscossioni e finanziamenti elencati (cfr., art. 94-*bis*, Cod. ant.).

[xvii] Si vedano, a riguardo, i contributi di R. Rolli, L'informativa antimafia come "frontiera avanzata" (Nota a sentenza Cons. Stato, Sez. III, n. 3641 dell'8 giugno 2020); R. Rolli, M. Maggiolini, Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale (nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979); Id., Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittiva antimafia (nota a T.A.R. Lecce, sez. III, 116/2022) e la giurisprudenza ivi citata, tutti in questa *Rivista*, a cui si rinvia per ulteriore approfondimento.

[xviii] Cfr., N. Durante, *Il contraddittorio*, cit.

[xix] Cfr., M. Cocconi, *Il perimetro del diritto al contraddittorio*, cit.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2312 – 5 maggio 2022

L'effettività del principio di parità di genere nell'accesso alle cariche elettive nei piccoli comuni (nota a Corte cost., 25 gennaio 2022, n. 62)

di Silia Gardini

Sommario: 1. Il punto di partenza: la legislazione vigente in materia di parità di genere per le elezioni negli enti comunali – 2. Il caso: l'evidenza del *vulnus* di tutela e la rimessione della questione alla Corte costituzionale – 3. La decisione: la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale – 4. Concludendo.

1. Il punto di partenza: la legislazione vigente in materia di parità di genere per le elezioni negli enti comunali

In materia di cariche elettive, all'indomani dell'importante evoluzione costituzionale del principio di equilibrio di genere attuata con la Legge costituzionale^[1] n. 1 del 2003, il compito che il legislatore si vedeva assegnato era quello – non semplice – di ricucire un quadro regolamentativo estremamente frammentato, individuando regole e principi che potessero delineare una normativa valida e coerente con tale principio, anche a livello locale. Dal canto suo, la corposa giurisprudenza costituzionale formatasi negli anni precedenti lasciava in “eredità” almeno tre importanti direttive di principio: l'illegittimità delle misure volte ad alterare direttamente la parità di *chances* fra i candidati ai fini dell'elezione, l'ammissibilità delle disposizioni volte a vincolare i partiti nella presentazione delle liste (ossia in un momento in cui la competizione elettorale non fosse stata ancora avviata), al fine di garantire la presenza di entrambi i generi nelle liste e l'ammissibilità del ricorso alla regola della doppia preferenza elettorale declinata al genere^[2].

L'adeguamento della legislazione elettorale alle nuove esigenze di tutela è avvenuto con la legge 23 novembre 2012, n. 215, che ha introdotto nel decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) specifiche misure positive finalizzate a ristabilire una equilibrata presenza di genere negli organismi politici elettivi dei comuni[3].

Le norme introdotte dalla legge n. 215/2012 incidono direttamente sulla composizione delle liste elettorali, prevedendo altresì un regime sanzionatorio in caso di violazione delle relative prescrizioni. Le regole non sono, però, omogenee, poiché si differenziano sulla base di scaglioni demografici. Vengono, così, individuate tre soglie di pervasività della disciplina, parametrata alla popolazione comunale: superiore ai 15.000 abitanti, compresa tra i 5.000 ed i 15.000 abitanti ovvero inferiore ai 5.000 abitanti (c.d. piccoli comuni).

Per tutti i comuni con più di 5.000 abitanti la regola è che le liste elettorali debbano essere predisposte in modo tale che «nessuno dei due sessi» possa «essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati»[4]. A tale previsione si affianca il meccanismo della doppia preferenza di genere, che offre all'elettore la possibilità di esprimere due preferenze a candidati di sesso differente, secondo il sistema ampiamente scrutinato e legittimato dalla Corte costituzionale[5].

Sul versante sanzionatorio, nel caso in cui uno dei due generi sia rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati, nei comuni con più di 15.000 abitanti la Commissione elettorale è incaricata dell'estromissione dalla lista dei soggetti appartenenti al sesso sovrarappresentato, partendo dall'ultimo in elenco. La lista non rispettosa della quota di genere non viene, dunque, considerata *ipso facto* inammissibile: essa può essere ruscata soltanto laddove, dopo le cancellazioni, contenga un numero di candidati inferiore al minimo prescritto dalla legge. Nei comuni di medie dimensioni, con popolazione compresa fra i 5.000 ed i 15.000 abitanti, la portata precettiva della misura si alleggerisce notevolmente. L'opera di cancellazione della Commissione elettorale non può, infatti, mai produrre la riduzione dei candidati ad un numero inferiore al minimo prescritto dalla legge per la composizione delle liste. A tale numero minimo l'azione della Commissione elettorale deve, dunque, sempre arrestarsi e l'impossibilità numerica di rispettare la quota non comporterà la decadenza della lista, ma soltanto la riduzione dello squilibrio di genere.

Ancor meno incisiva è la normativa prevista per i comuni con meno di 5.000 abitanti (che in Italia rappresentano circa il 70% del totale[6]), laddove il legislatore si è "accontentato" di prescrivere – alla luce del principio maturato dalla Consulta[7] con la sentenza n. 49/2003 – esclusivamente l'obbligatoria presenza di entrambi i sessi nelle liste.

La *ratio* della riduzione della soglia di tutela potrebbe, in tal contesto, essere rinvenuta nella necessità di non paralizzare – in ambiti territoriali particolarmente ristretti – l'azione dei partiti nella formazione delle liste. Il bilanciamento del principio di parità di genere con i principi della partecipazione democratica e del pieno collegamento dei rappresentanti politici con il territorio viene, dunque, tradotto in un meccanismo di connotato da una maggiore flessibilità, espressione di equilibrio tra la presenza di entrambi i sessi nelle liste elettorali e la maggiore rappresentatività possibile dei territori. Senonché, l'assenza di una esplicita sanzione per la violazione della seppur minima garanzia paritaria prevista della norma ha prodotto effetti estremamente iniqui sul piano pratico, determinando la diffusissima disapplicazione dei relativi precetti.

Basti pensare che, tra i piccoli comuni che sono stati chiamati alle urne nell'ultima tornata elettorale del 2021, solo uno su due ha garantito una adeguata presenza di entrambi i sessi nelle liste, mentre in ben 79 comuni la presenza maschile è stata superiore all'80% del totale dei candidati^[8]. Il dato è chiaro: nei contesti territoriali di modeste dimensioni, che pure rappresentano centri propulsivi di assoluta importanza nella vita del Paese, la tutela della parità di genere ed i precetti dell'art. 51 Cost. risultano ampiamente disattesi.

2. Il caso: l'evidenza del *vulnus* di tutela e la rimessione della questione alla Corte costituzionale

La vicenda esaminata trae origine dalla competizione elettorale svoltasi nel 2020 in un piccolo comune campano, nel corso della quale una lista composta esclusivamente da candidati di sesso maschile aveva ottenuto tre seggi in Consiglio comunale. I primi due candidati non eletti avevano, dunque, adito il T.A.R. Campania, lamentando l'alterazione del risultato elettorale dovuto alla mancata rikusazione della lista che – in spregio a quanto previsto dall'art. 71, comma 3-*bis* del T.U.E.L. – aveva presentato candidature monogenere.

Il Giudice amministrativo di primo grado, però, pur rilevando che la l. n. 215/2012, nel modificare il D.lgs. 267/2000 ed il d.P.r. n. 570/1960, ha previsto un controllo e un diretto intervento delle commissioni elettorali circondariali al fine di garantire la rappresentanza di entrambi i sessi nelle liste dei candidati, evidenziava che – con specifico riguardo ai comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti – la stessa legge non ha disposto alcuna misura sanzionatoria (tantomeno quella della rikusazione) a carico di chi non rispetti tali prescrizioni. Pertanto, escludendo la possibilità di ricorrere ad un'interpretazione analogica della disposizione riferita ai comuni con popolazione superiore ai 5.000 abitanti, il T.A.R. Campania concludeva per il rigetto del ricorso.

In sede di appello – ribadita l'impossibilità di attuare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, pure ricorrendo all'analogia *iuris* – la Terza Sezione del Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 4294 del 4 giugno 2021, ha ritenuto sussistenti i presupposti per sollevare una questione di legittimità costituzionale. Nello specifico, i Giudici di Palazzo Spada hanno sottoposto all'esame della Consulta la tenuta costituzionale dell'art. 71 comma 3-*bis* del d. Lgs. n. 267/2000 «nella parte in cui non prevede la necessaria rappresentanza di entrambi i generi nelle liste elettorali nei comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti», e dell'art. 30, lett. d) bis ed e) del d.P.R. n. 570/60, «nella parte in cui esclude dal regime sanzionatorio *sub specie* “esclusione della lista”, le liste elettorali presentate in violazione della necessaria rappresentatività di entrambi i sessi in riferimento ai comuni con meno di 5.000 abitanti», per contrasto con gli artt. 51, 3 e 117 comma 1 della Costituzione (quest'ultimo in relazione all'art. 14 CEDU ed all'art. 1 del Protocollo n. 12 alla CEDU).

Sotto il profilo della non manifesta infondatezza, l'ordinanza di rimessione ha valorizzato la «natura immediatamente precettiva e non meramente programmatica»^[9] dell'art. 51 Cost. e, parallelamente, il fondamentale dovere della Repubblica – che da esso discende – di adottare adeguate misure promozionali ai fini della tutela di quel «patrimonio umano, culturale, sociale, di sensibilità e di professionalità, che assume una articolata e diversificata dimensione in ragione proprio della diversità del genere»^[10]. Secondo il ragionamento del Giudice amministrativo, considerando obiettivo primario della legge proprio quello di garantire la

parità di genere attraverso interventi di riequilibrio, la circostanza che nella maggior parte dei Comuni italiani tali interventi siano di fatto paralizzati dall'assenza di un meccanismo sanzionatorio, finisce per svuotare lo stesso principio di parità di genere della sua effettività e determina, di conseguenza, un preoccupante *vulnus* di tutela.

In relazione alla violazione dell'art. 3 della Costituzione, il Consiglio di Stato ha, poi, rilevato l'iniustizia del regime di differenziazione parametrato alle dimensioni degli enti comunali. Da tale meccanismo discenderebbe, infatti, una discriminazione a valenza bidirezionale idonea, da una parte, ad alterare l'equilibrio tra generi nei piccoli comuni e, dall'altro, a privilegiare i soggetti di genere femminile residenti in comuni con più di 5.000 abitanti, rispetto a quelli residenti nei comuni di piccole dimensioni. La diversità di trattamento riservata ai comuni minori non sarebbe, peraltro, giustificabile dalla presunta difficoltà di individuare donne candidate in contesti abitativi di piccole dimensioni, considerato che non vi è un obbligo di candidare persone residenti nello stesso comune e che, in ogni caso, eventuali difficoltà derivanti dalla carenza demografica prescinderebbero dal genere dei candidati.

Interessante il richiamo, operato in chiusura, a quella giurisprudenza amministrativa^[11] che ha considerato la corretta attuazione del principio di equilibrio di genere alla stregua di un parametro di legittimità sostanziale e di garanzia di "funzionalità" degli apparati amministrativi, al fine del miglior perseguimento degli obiettivi di efficienza, imparzialità e buon andamento dell'azione pubblica. Vista da tale prospettiva, la composizione principalmente monogenere degli organi politici assume un'ulteriore connotazione negativa, poiché, al di là della lesione di diritti costituzionalmente garantiti, determina una vera e propria patologia del sistema democratico. L'aporia rappresentativa influisce direttamente sulla qualità del dialogo istituzionale: lo impoverisce drasticamente, limita la visuale e l'incisività delle azioni politiche che da esso derivano e causa, in sostanza, uno scollamento tra vita politica e società civile, producendo il doppio *deficit* di rappresentanza e di funzionalità.

3. La decisione: la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale

La Corte costituzionale ha ritenuto di trattare congiuntamente le censure sollevate dall'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato in riferimento agli artt. 3 e 51 della Costituzione, considerandole sostanzialmente convergenti nella sostenuta violazione dell'obbligo costituzionale di promozione della parità di genere nell'accesso alle cariche elettive e nella conseguente irragionevolezza e sproporzione delle scelte operate a tal fine dalla legislazione vigente. Ha, invece, considerato assorbito il riferimento all'art. 117, in relazione all'art. 14 ed all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 12 della CEDU.

L'argomentazione del Giudice costituzionale si è assestata sostanzialmente sull'*iter* valutativo già condotto dal Consiglio di Stato. Così, premesso il riconoscimento dell'ampia discrezionalità di cui il legislatore gode in campo elettorale (che pienamente giustifica, tra le altre cose, la graduazione delle misure in ragione delle dimensioni degli enti comunali)^[12], la Consulta ha spiegato come, nella materia in esame, il dettato legislativo debba essere sempre coerente con l'obbligo costituzionale di «promuove[re] attraverso appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini», così come prescritto dall'art. 51 Cost. Di conseguenza, una disciplina elettorale che ometta di contemplare adeguate misure di promozione o che le

escluda per determinate categorie di enti, non potrebbe che essere ritenuta costituzionalmente illegittima.

Invero – come già rilevato (e come pure la Corte costituzionale ha evidenziato nel ricostruire la disciplina vigente) – l’art. 71 comma 3-*bis* del d. Lgs. n. 267/2000, con riferimento ai piccoli comuni, contempla una basica prescrizione attuativa del principio di parità di genere. La norma prescrive, infatti, l’obbligatoria presenza di entrambi i sessi nelle liste elettorali, realizzando quella «misura minima di non discriminazione» cristallizzata dalla nota pronuncia del 2003 resa dalla stessa Consulta con riferimento alla legge elettorale valdostana[13].

Tale disposizione, essendo sprovvista di qualsivoglia rimedio per i casi di violazione dell’obbligo che da essa discende, risulta però totalmente carente di effettività. *Tamquam non esset*, alla stregua di un fenomeno di normativa rinnegante[14], che si manifesta nello scostamento tra il principio affermato in sede normativa e la sua stessa tangibilità[15]: le regole, seppur formalmente sancite, vengono “rinnegate” in sede applicativa dai soggetti che dovrebbero attuarle, senza che l’ordinamento preveda a tal guisa alcun rimedio.

Il *vulnus* di tutela è, dunque, evidente e, ad avviso della Corte, la violazione del dettato costituzionale non può essere compensata neppure facendo leva sul bilanciamento tra il principio di equilibrio di genere ed altri principi costituzionalmente rilevanti, in particolare quello di rappresentatività. Un’apposita difesa in tal senso era stata, peraltro, prospettata dall’Avvocatura dello Stato, secondo cui – benché la normativa vigente non limiti la candidatura ai soli soggetti residenti nel territorio comunale nel quale si svolge la competizione elettorale – la possibile carenza di candidati nelle comunità di piccole dimensioni potrebbe determinare, in presenza di vincoli numerici, la formazione di liste elettorali distanti dall’ente amministrato. Pur considerando tale profilo, la Corte costituzionale ha, tuttavia, ribadito che la soluzione adottata dal legislatore si dimostra manifestamente irragionevole, poiché – oltre a sacrificare oltre il dovuto il principio di parità di genere – determina un’eccessiva ed ingiustificata disparità di trattamento, tanto tra i diversi enti comunali, quanto tra gli aspiranti candidati nei rispettivi comuni.

In conclusione, ferma restando la possibilità per il legislatore di individuare – nell’ambito della propria discrezionalità – una nuova soluzione rispettosa dei principi costituzionali, la Corte ha ritenuto necessario disporre, in tutti i casi di mancato rispetto dell’art. 71-*bis*, comma 3 del T.U.E.L., l’estensione della sanzione dell’esclusione della lista (già prevista per i comuni di più ampie dimensioni) alla disciplina elettorale dei piccoli comuni.

4. Concludendo

La vicenda esaminata consente di effettuare alcune riflessioni sul modo di attuazione del principio di equilibrio di genere nel nostro ordinamento.

Una premessa è, però, a tal fine necessaria. La costituzionalizzazione della tutela positiva della parità di genere[16], in particolare nell’ambito della rappresentanza politica, ha avviato un complesso processo di sedimentazione normativa e giurisprudenziale che ha condotto alla reinterpretazione – in virtù del rinnovamento profondo dei termini di bilanciamento – degli stessi principi costituzionali che informano la soggettività politica dei cittadini. Alla luce di

tali principi, deve essere dunque ben chiaro che tutelare la parità di genere non vuol dire promuovere l'inclusione condizionata in determinati settori di soggetti "deboli": l'essere donna (o uomo) non è condizione di appartenenza ad una categoria, non è accostabile a gruppi predeterminati o, peggio, minoritari[17], ma rappresenta un fattore irriducibile della stessa persona umana. Il principio di parità tra i sessi si configura, dunque, come irrinunciabile elemento costitutivo di qualsivoglia sistema statale costruito sui principi di libertà ed uguaglianza e proteso al buon funzionamento delle sue istituzioni[18].

Partendo da tali presupposti, in dottrina è stato elaborato il concetto di "democrazia paritaria", proprio al fine di valorizzare il pieno sviluppo dei diritti e dei doveri connessi alla cittadinanza per entrambi i generi e superare la logica della tutela paternalista di individui deboli per definizione. Obiettivo primario, in tale ottica, è l'affermazione concreta di una nuova eguaglianza formale – intesa come assenza di discriminazioni – che miri a riequilibrare le condizioni di partenza, influenzando tanto sulla vita pubblica, quanto sulla sfera privata di tutti i cittadini[19]. Tale nozione è stata fatta propria anche da parte della giurisprudenza amministrativa, secondo cui «(l)a portata della disposizione di cui all'art. 51 Cost., immediatamente e concretamente applicabile nei rapporti intersoggettivi, determina (...) un particolare modo di essere e di agire in capo a qualsiasi soggetto pubblico (...): quello ovverossia di provvedere, quale che sia l'oggetto dei singoli interventi, sulla base dei canoni della c.d. democrazia paritaria»[20].

Se si assume il concetto di democrazia paritaria come punto di partenza, l'analisi della questione del riequilibrio di genere nelle assemblee elettive (e degli strumenti normativi a tale scopo previsti dall'ordinamento) cambia radicalmente prospettiva. Essa non può, infatti, arrestarsi ad un mero dato statistico, ma deve calarsi nel merito della qualità della democrazia rappresentativa, alla luce delle istanze emergenti dal contesto sociale. Così, quella strana vocazione a considerare la parità di genere come una questione formale, un tecnicismo volto ad inserire forzatamente soggetti di genere femminile nella sfera pubblica perde di significato, poiché è la tendenza sociale all'assenza sostanziale di una parte dei cittadini dalle istituzioni a costituire il vero problema. Le stesse misure poste a sostegno della rappresentanza femminile mostrano, infatti, tutta la loro inadeguatezza ed ineffettività proprio quando – come nel caso in esame – non sono accompagnate dalla reale consapevolezza, sul piano culturale, del valore della diversità di genere o, peggio, quando si assestano sulla asettica necessità di una presenza che non sia non realmente partecipativa.

Appare, allora, evidente che – al di là della fondamentale affermazione del principio costituzionale sancito dall'art. 51 Cost. – l'effettività di quelle misure che il legislatore deve porre a presidio della bilanciata presenza dei sessi nell'accesso alle cariche elettive non può prescindere dalla realizzazione di un processo culturale di autoriforma delle forze politiche[21] che preveda, innanzitutto, l'impiego di reali criteri di selezione delle candidature, idonei a garantire non soltanto la quantità, ma soprattutto la qualità della rappresentanza politica per entrambi i generi[22] ed a realizzare quel passaggio – doveroso – da una politica della *presenza* ad una politica delle *idee*.

[1] Com'è noto, la Legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 134 del 12 giugno 2003, ha modificato l'articolo 51 della Costituzione, inserendo – accanto alla previsione secondo cui «[t]utti i cittadini dell'uno e

dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge», il dovere della Repubblica di «promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità fra uomini e donne». L'intervento della legge costituzionale ha, dunque, previsto il dovere giuridico in capo allo Stato ed alle Regioni di legiferare in attuazione della novellata norma costituzionale.

[2] Cfr., le importantissime sentenze della Consulta n. 49/2003 e n. 4/2010, entrambe in www.cortecostituzionale.it. In particolare, con riferimento alla c.d. doppia preferenza di genere – introdotta dalla legge elettorale campana – la Corte ha considerato determinante la circostanza che all'elettore sia consentito di non avvalersi della seconda preferenza e che solo quest'ultima sia travolta da invalidità nel caso in cui non sia rispettata l'alternanza di genere: i votanti, infatti, potrebbero ben disattendere il fine perseguito dal legislatore, semplicemente votando per un unico candidato. Peraltro, proprio nel sindacare la legittimità di tale meccanismo, la Consulta ha fornito un'interpretazione ancor più pregnante del principio di parità di genere, calandolo in una dimensione ultra-individuale, fatta di connotazioni più strettamente sociali ed accogliendo pienamente la tesi secondo cui, nella sua nuova veste, l'art. 51 Cost. giustificherebbe l'adozione di misure direttamente attuative del principio di uguaglianza sostanziale.

[3] La legge n. 215/2012 si è occupata anche della individuazione dei principi fondamentali a cui il legislatore regionale deve far riferimento nella predisposizione della propria normativa elettorale. Rilevanti sono, poi, le norme volte a consolidare la parità di genere nelle giunte e, più in generale, in tutti gli organi collegiali non elettivi degli enti locali. Non vengono, invece, disciplinate le elezioni dei consigli provinciali, successivamente regolamentate dalla legge 7 aprile 2014, n. 56, c.d. Legge Delrio. Per una più approfondita analisi di questi ed altri profili, sia consentito rinviare a S. Gardini, *Equilibri di genere negli organi di rappresentanza politica*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1/2017.

[4] Con arrotondamento all'unità superiore per il genere meno rappresentato, anche in caso di cifra decimale inferiore a 0,5. È questa la c.d. “quota di lista”. Cfr., art. 71, comma 3-bis T.U.E.L.

[5] Cfr., *supra*, nota 2.

[6] Su un totale di 7904 Comuni italiani (dati Istat al 20 febbraio 2021), circa 5.500 (secondo il rapporto ANCI “Atlante dei piccoli comuni” del 5 luglio 2019) sono formati da meno di 5.000 abitanti. La popolazione residente in questi enti è pari a quasi dieci milioni di abitanti.

[7] Il giudizio riguardava la norma secondo cui le liste elettorali per l'elezione del Consiglio regionale della Valle d'Aosta dovessero comprendere, a pena di invalidità, candidati di entrambi i sessi. Secondo la Corte, tale norma «non incide in alcun modo sui diritti dei cittadini, sulla libertà di voto degli elettori e sulla parità di *chances* delle liste e dei candidati e delle candidate nella competizione elettorale, né sul carattere unitario della rappresentanza elettiva» e «può senz'altro ritenersi una legittima espressione sul piano legislativo dell'intento di realizzare la finalità (...) di equilibrio della rappresentanza» (cfr., Corte costituzionale, sent. 10.02.2003, n. 49, in www.cortecostituzionale.it). La pronuncia ha segnato uno dei passaggi fondamentali nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di parità di genere. Per un approfondimento dottrinale, si vedano: L. Carlassare, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, in *Giur. Cost.*, n.1/2003, 364 ss.; A. Deffenu, *Parità dei sessi in politica e controllo della Corte: un revirement circondato da limiti e precauzioni*, in *Le Regioni*, n.5/2003, 918-928; S. Mabellini, *Equilibrio dei sessi e rappresentanza politica: un revirement della Corte*, in *Giur. cost.*, n.1/2003, 372 ss.

[8] I dati sono estrapolati dalle informazioni rese note dal Ministero dell'Interno e consultabili all'indirizzo web www.interno.gov.it/it/speciali/elezioni-2021.

[9] Cfr., punto 15 dell'Ordinanza di rimessione. Il discusso *discrimen* tra norme programmatiche, applicabili solo dopo un apposito intervento del legislatore e norme precettive, immediatamente cogenti – a ben vedere – può essere fortemente ridimensionato sul piano degli effetti. Come ha rilevato la stessa Corte costituzionale, infatti, «il concetto di norma programmatica non è un indice negativo di qualificazione della disposizione» (cfr., Corte cost., sent. n. 81/2012) ed il *proprium* delle norme programmatiche non si rinviene *tout court* nell'assenza di precettività, ma si manifesta nella speciale natura del precetto che esse esprimono, volto alla determinazione di un principio dell'ordinamento, utilizzabile tanto per il superamento delle lacune e delle aporie della legge, quanto in sede di interpretazione sistematica. In dottrina, sulla normatività delle disposizioni costituzionali anche cd. programmatiche, resta insuperato l'insegnamento di V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952. Ritene che in capo ai principi positivizzati in Costituzione debba essere riconosciuta una funzione suppletiva, integrativa e correttiva delle regole G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, 114 ss., mentre secondo l'autorevole ricostruzione di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 158 ss., la funzione meramente accessoria dei principi costituzionali rispetto alle regole legislative è frutto di un vero e proprio pregiudizio positivistico, per il quale «alla fine, le vere norme siano le regole, mentre i principi siano un sovrappiù, qualcosa di cui si sente la necessità solo come “valvole di sicurezza” dell'ordinamento».

[10] Cfr. Cons. di Stato, Sez. I, 4 giugno 2014, parere n. 1801, in www.giustizia-amministrativa.it.

[11] Cfr., in particolare, T.A.R. Lazio, 25 luglio 2011, n. 6673, in www.giustizia-amministrativa.it.

[12] In essa si esprime, infatti, al massimo della sua pervasività la politicità della scelta legislativa, che risulta pertanto censurabile solo quando risulti manifestamente irragionevole. Cfr., Corte cost., sent. nn. 35/2017, 1/2014 e 242/2012, tutte in www.cortecostituzionale.it.

[13] Cfr., nota 7.

[14] Il concetto di “normativa rinnegante” fu elaborato, com’è noto, da I. Mereu, *Storia dell’intolleranza in Europa. Sospettare e punire: L’inquisizione come modello di violenza legale*, I ed., Milano, 1979. L’A. identificò con tale locuzione la tecnica di redazione normativa tipica dei regimi nei quali il potere pone in essere regole formali che consentano di agire *legibus solutus* sul piano sostanziale.

[15] Parla di “diritti dimezzati” sotto il profilo dell’effettività S. Gambino, *Sui limiti della democrazia paritaria in Italia*, in *Verso una democrazia paritaria. Modelli e percorsi per la piena partecipazione delle donne alla vita politica e istituzionale*, a cura di A. Falcone, Milano, 2011, 10.

[16] Il principio *de quo* ha una piena autonomia, anche sul fronte costituzionale. Esso trae origine, storicamente e concettualmente, dal principio di uguaglianza sostanziale, ma non può essere considerato come un mero corollario dell’art. 3, comma 2 della Costituzione. Cfr., A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Torino, 2012, 11.

[17] Cfr. M. Barbera, *L’eccezione e la regola, ovvero l’uguaglianza come apologia dello status quo*, in *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, a cura di B. Beccalli, Milano, 1999, 115: «le donne non sono una minoranza ma una maggioranza» e «(...) l’essere donna non costituisce la categoria di un gruppo di interesse fra gli altri, ma di un modo di essere della persona umana».

[18] Cfr. G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà e uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, *passim*.

[19] Per un’analisi approfondita del concetto di “democrazia paritaria” e delle sue possibili implicazioni sul sistema costituzionale, si rinvia alla riflessione di M. D’Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Torino, 2011, *passim*, nonché agli acuti inquadramenti di G. Brunelli, *Donne e politica*, Bologna, 2006, 21 ss. La complessa tematica della cittadinanza e la sua più specifica ed incompiuta declinazione “al femminile” non può, in tale sede, essere oggetto di approfondimento. Si rinvia, dunque, alla riflessione di A. E. Galeotti, *Cittadinanza e differenza di genere*, in *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, a cura di G. Bonacchi e A. Groppi, Roma-Bari, 1993, 190 ss. Sul punto, si veda anche A. Sabbatini, *Donne e welfare. Una cittadinanza incompiuta*, in *La Rivista delle politiche sociali*, 2/2009, 7-15.

[20] In tali termini: T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, n. 622/2010; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, n. 14310/2010, in www.giustizia-amministrativa.it.

[21] Vero è che negli statuti di ogni partito politico – in linea con quanto stabilito dal decreto-legge sull’abolizione del finanziamento pubblico diretto ai partiti (D.l. 28 dicembre 2013, n. 149, convertito dalla l. n. 13/2014) – sono presenti previsioni dedicate al rispetto della parità di genere. La presenza maschile risulta, però, ancora irriducibilmente dominante. La stessa Legge individua un meccanismo sanzionatorio soltanto in relazione alle elezioni politiche nazionali. Infatti, nel caso in cui, nel numero complessivo dei candidati presentati da un partito per ciascuna elezione della Camera, del Senato e del Parlamento europeo, uno dei due sessi sia rappresentato in misura inferiore al 40%, è prevista la riduzione delle risorse spettanti allo stesso partito a titolo di “due per mille”. In particolare, la misura della riduzione è pari allo 0,5% per ogni punto percentuale al di sotto del 40%, fino al limite massimo complessivo del 10%.

[22] Cfr., P. Scarlatti, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*, in *Nomos*, 2/2018.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2344 – 25 maggio 2022

Forma dell'atto di riassunzione di un precedente giudizio e sinteticità degli atti nel processo amministrativo (Nota a Cons. giust. amm. Regione Sicilia, 3 marzo 2022, n. 20)

di Ilaria Genuessi

Sommario: 1. Il caso di specie. – 2. Il richiamo nella pronuncia alla riassunzione di un precedente giudizio: cenni al fenomeno della *translatio iudicii*. – 3. Forma dell'atto di riassunzione e principio di sinteticità in ambito processuale amministrativo nelle previsioni *ante* Codice del processo amministrativo. – 4. Sinteticità e limiti dimensionali degli atti processuali di parte nelle previsioni normative vigenti: l'art. 13-ter All. II c.p.a. e il d.P.C.S. 167/2016. – 5. Il decreto in esame nel quadro delle pronunce giurisprudenziali sul punto. – 6. L'assenza di un'applicazione sistematica da parte della giurisprudenza delle conseguenze delle condotte difformi rispetto al principio di sinteticità. – 7. Osservazioni conclusive anche alla luce dell'art. 24 Cost.

1. Il caso di specie

Nella vicenda in esame, concernente un giudizio in ambito risarcitorio, il Presidente della sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana si pronuncia a seguito del deposito dell'istanza, formulata dalla società appellante, in relazione al proponendo appello per la riforma della sentenza del Tar Sicilia – Catania, sez. III, 17 settembre 2021, n. 2791, espressasi con dichiarazione di inammissibilità del ricorso proposto.

L'appellante, nel dettaglio, presenta al Presidente del CGARS un'istanza di deroga ai limiti dimensionali degli atti previsti per il giudizio di appello, motivando l'istanza suddetta con

l'esigenza di attaccare la sentenza del giudice di prime cure, riproponendo i motivi del ricorso di primo grado, a sua volta rappresentante, di fatto, atto di riassunzione del giudizio in precedenza incardinato davanti al giudice civile, in sede di appello.

Il decreto in questione si pronuncia, pertanto, in prima battuta, sulla questione della riassunzione di un precedente giudizio davanti al giudice amministrativo: nelle statuizioni del Presidente della Sezione giurisdizionale del CGARS si rinvencono, infatti, rilevanti precisazioni proprio a proposito dell'atto di riassunzione avanti al giudice amministrativo, circa il contenuto del medesimo, ma altresì con riguardo alla forma, anche e soprattutto in termini di estensione e limiti dimensionali dell'atto di parte nel giudizio di appello e relative possibili deroghe.

In altri termini, la pronuncia opera un riferimento generale alle modalità di riassunzione del giudizio avanti ad altro giudice, sebbene il giudicante si soffermi, in particolar modo, sul dato formale della estensione dell'atto di riassunzione medesimo; per tali ragioni, si ritiene il decreto in commento offra lo spunto per operare una compiuta riflessione a proposito dei fondamentali principi di sinteticità e chiarezza del ricorso e degli atti difensivi nell'ambito del processo amministrativo, anche alla luce dei criteri di redazione e dei limiti dimensionali degli atti in tale ottica individuati mediante decreto del Presidente del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 13-ter dell'Allegato II al Codice del processo amministrativo.

È proprio sull'essenziale principio di sinteticità degli atti nel processo amministrativo, anche in termini di approdi della dottrina e della giurisprudenza, che si intende dunque soffermarsi nella presente sede.

2. Il richiamo nella pronuncia alla riassunzione di un precedente giudizio: cenni al fenomeno della *translatio iudicii*

Come anticipato, il Presidente, esprimendosi sull'istanza formulata, rileva anzitutto nel decreto come, al fine di impugnare la sentenza di primo grado, l'appellante abbia prodotto uno «*schema di atto di appello redatto con tecnica di copia e incolla e struttura "a matrioska"*», laddove l'atto di appello ricalca in maniera pedissequa il ricorso presentato al T.a.r., a sua volta identico rispetto all'atto di appello in sede civile e occupante 174 cartelle.

Ne consegue la rilevante statuizione in tema di forma (e sostanza) dell'atto di riassunzione di un precedente giudizio, riassunzione che – come espresso chiaramente dall'organo giudicante nel caso di specie – determina e richiede la “riproduzione sostanziale” di un precedente atto processuale, senza novazione. In altri termini, la riassunzione non richiederebbe una riproduzione in senso “formale” dell'atto precedente, specialmente laddove la struttura dell'atto riprodotto non appaia conforme – come del resto nel caso in questione – ai parametri ed alle specifiche previsioni vigenti in relazione agli atti del processo amministrativo^[i].

In merito, non si può non richiamare, di conseguenza, il noto principio della "translatio iudicii", compiutamente trattato nell'ambito della nota sentenza della Corte costituzionale 12 marzo 2007, n. 77^[ii], laddove si è dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 30 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, nella parte in cui non prevedeva che gli effetti, sostanziali e

processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservassero, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione.

Nella pronuncia si è altresì ravvisata l'esigenza di colmare una lacuna dell'ordinamento processuale, introducendo con urgenza una disciplina legislativa sul punto che – si è evidenziato – dovesse essere vincolata solo nel senso della attuazione del principio della conservazione degli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione nel giudizio ritualmente riattivato – a seguito di declinatoria di giurisdizione – davanti al giudice che ne è munito.

La suddetta pronuncia del Giudice costituzionale, peraltro, ha rammentato nell'ambito della motivazione come immediato precedente della pronuncia stessa fosse rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale del 6 luglio 2004 n. 204, la quale ha precedentemente dichiarato la «*illegittimità costituzionale di talune norme che, secondo il criterio dei "blocchi di materie", ripartivano la giurisdizione tra autorità giudiziaria ordinaria e giudice amministrativo*»^[iii].

L'istituto in questione, recentemente disciplinato dall'art. 59 della l. 18 giugno 2009, n. 69, risulta oggi regolato, per quel che concerne nello specifico il processo amministrativo, dall'art. 11 d.lgs. 104/2010 s.m.i.^[iv], ai sensi del quale il processo promosso avanti ad un giudice carente di giurisdizione può essere riassunto davanti al giudice munito di giurisdizione, fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda, laddove il processo sia riproposto innanzi al giudice indicato nella pronuncia che declina la giurisdizione, entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato.

A seguito dell'entrata in vigore delle predette norme i giudici amministrativi hanno dunque ribadito in numerose occasioni come la "*traslatio iudicii*", in conseguenza della declaratoria di difetto di giurisdizione ad opera del giudice adito, determini la riassunzione del giudizio innanzi al giudice indicato, sebbene nei limiti della domanda inizialmente proposta, ossia con esclusivo riferimento al *petitum* ed alla *causa petendi* propri dell'originario giudizio promosso innanzi al giudice sfornito di giurisdizione, non essendo ammissibili in sostanza domande nuove^[v].

Tale interpretazione è, del resto, sostenuta anche dall'organo giudicante nella pronuncia in esame, laddove opera sul punto uno specifico richiamo alla riproduzione "sostanziale" del precedente atto processuale di parte, "senza novazione".

Chiarito il suddetto aspetto relativo alle peculiarità dell'atto di riassunzione e proprio poggiando le ulteriori indicazioni su tale presupposto, il giudice evidenzia, nel decreto preso in esame, come la necessità di operare una riproduzione pedissequa e formale degli atti – peraltro estremamente estesi e articolati – del precedente giudizio avanti al giudice civile e di riassunzione in primo grado avanti al giudice amministrativo nella fattispecie in questione, non possa essere ritenuta quale giusta causa di deroga dei limiti dimensionali del ricorso in appello nell'ambito del processo amministrativo.

Peraltro, nel caso di specie, l'organo giudicante osserva come anche in relazione al tipo di contenzioso azionato, di ordine risarcitorio, non si ravvisi ricorrenza statistica di atti processuali estesi "oltre 170 pagine" e neppure vi sia prova di ragioni peculiari ed eccezionali,

tali da giustificare, nel caso concreto in questione, tale estensione dell'atto introduttivo del giudizio di appello.

3. Forma dell'atto di riassunzione e principio di sinteticità in ambito processuale amministrativo in senso generale e nelle previsioni *ante* Codice del processo amministrativo

Come accennato, la pronuncia in commento viene resa a proposito della questione dei limiti dimensionali del ricorso in appello, nel caso di specie atto di riassunzione di un precedente giudizio, nell'ambito del processo amministrativo e relative deroghe.

La medesima offre così l'opportunità di riflettere a proposito della questione della sinteticità degli atti difensivi nell'ambito del processo amministrativo, principio da ultimo codificato in specifiche previsioni di cui al d.lgs. n.104/2010^[vi].

In senso generale, è negli anni Novanta che si origina un vero e proprio dibattito circa la sinteticità degli atti, peraltro sviluppatosi con l'avvento dell'informatica e la inevitabile ed evidente conseguenza della possibile redazione degli atti giudiziari secondo un sistema "copia e incolla" – peraltro menzionato nella stessa pronuncia in commento – determinante una produzione di atti difensivi sovente di dimensioni spropositate od abnormi^[vii].

In ambito sovranazionale, la questione della necessaria sinteticità degli atti è presa in considerazione dalle stesse Corti internazionali, le quali hanno individuato precisi limiti dimensionali rispetto agli atti di parte: così la Corte di Giustizia UE, avanti la quale è prevista la presentazione di ricorsi e memorie aventi un predeterminato numero massimo di pagine^[viii] e la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo che prevede l'impiego di un formulario di ricorso, che rechi una esposizione dei fatti e dei motivi "succinta"^[ix].

Nel nostro ordinamento il principio di sinteticità ha investito lo stesso processo civile, peraltro con l'affermazione, in tempi recenti, di un acceso dibattito sul punto, anche in conseguenza di precise disposizioni introdotte dal legislatore nel senso della semplificazione del momento decisorio nell'ambito del processo civile^[x].

Nell'ambito del contenzioso amministrativo, nello specifico, tale principio ha lentamente fatto capolino sul piano normativo, dapprima – come si avrà modo di evidenziare – con esclusivo riferimento al rito in materia di appalti pubblici, mentre ad oggi, a seguito della intervenuta codificazione generale all'interno del c.p.a., il principio di necessaria sinteticità degli atti rappresenta un vero e proprio principio generale del processo amministrativo^[xi].

Ripercorrendo le tappe della sua affermazione, occorre osservare anzitutto come nella legislazione che precede il Codice del processo amministrativo si ravvisano unicamente disorganiche e sporadiche previsioni relative alla sinteticità degli atti: così l'art. 6 del r.d. n. 642/1907, laddove rispetto al contenuto del ricorso, si menzionava l'"*esposizione sommaria dei fatti*", ovvero l'art. 41, comma 1 del r.d. n. 1054/1924, il quale prevedeva che nella pubblica udienza l'avvocato potesse essere ammesso a svolgere "*succintamente il proprio assunto*".

Procedendo con ordine, tuttavia, si può rilevare come il principio di sinteticità degli atti abbia fatto ingresso nell'ambito del processo amministrativo, come accennato, mediante le specifiche previsioni di cui al d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, recante normativa interna di attuazione della direttiva 2007/66/CE con riferimento al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici. Tali previsioni hanno in sostanza individuato una disciplina speciale finalizzata ad una più rapida definizione dei giudizi in materia di appalti pubblici, rispetto al giudizio: nello specifico, l'art. 245, comma 2-*undecies* del d.lgs. 163/2006 ha disposto che tutti gli atti di parte, con riferimento ai predetti ricorsi, dovessero essere sintetici, mentre la sentenza dovesse essere di norma redatta in forma semplificata.

La previsione in questione, concernente il rito in materia di appalti, è stata inoltre ribadita nell'ambito dell'art. 120, comma 10 c.p.a.: rispetto alle controversie in materia di contratti pubblici cioè il codice del processo amministrativo ha dettato una speciale disciplina in materia di sinteticità degli atti, alla luce della quale *“tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici”*^[xii].

Di seguito, mediante la previsione di cui all'art. 3 c.p.a., riguardante proprio il dovere di motivazione ed il principio di sinteticità degli atti, quest'ultimo è stato introdotto nell'ambito dell'ordinamento interno quale vero e proprio principio generale, valevole non più soltanto con riguardo alla materia dei contratti pubblici, ma esteso a qualsiasi giudizio amministrativo^[xiii].

La regola generale di sinteticità suddetta, peraltro, non gode di una “tutela” costituzionale, a differenza del dovere di motivazione laddove si consideri la previsione di cui all'art. 111 Cost; il principio di cui trattasi, può conseguentemente essere considerato una specificazione od un corollario del principio generale e, di rilievo costituzionale, del giusto processo, inteso, in particolare, nel senso della ragionevole durata del processo^[xiv].

Il principio, inoltre, al momento della sua generale codificazione nell'ambito processuale amministrativo, è stato previsto quale disposizione meramente programmatica, in quanto tale non assistita da alcuna sanzione per il caso di violazione del precetto^[xv].

Soltanto in seguito, mediante il c.d. secondo correttivo al c.p.a., di cui al d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, che ha introdotto *“Ulteriori disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante codice del processo amministrativo, a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69”*, si è disposta una modifica alla disciplina specifica di cui all'art. 26 in tema di spese di giudizio, con la previsione per cui l'organo giudicante possa, ai fini della condanna alle spese di lite, prendere in considerazione, altresì, il “rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità” di cui all'articolo 3, comma 2 c.p.a.^[xvi]

Ulteriori specificazioni al principio in esame, in particolare con riferimento ai parametri per la definizione della sinteticità, intervengono sul piano normativo sempre in un secondo momento e – come già evidenziato rispetto al principio in senso generale – dapprima con esclusivo riguardo al rito speciale dedicato alla materia degli appalti pubblici e, in seguito, anche rispetto all'intero processo amministrativo.

Nel dettaglio, occorre riferirsi in primo luogo alla modifica apportata all'art. 120, comma 6 c.p.a. ad opera dell'art. 40, comma 1, lett. a) del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, recante *“Misure*

urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari», convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, laddove si è previsto, al fine di consentire uno spedito svolgimento del giudizio, coerentemente con la previsione di cui all'art. 3, comma 2 c.p.a., che le parti dovessero contenere le dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi nei termini previsti da apposito decreto del Presidente del Consiglio di Stato, adottato sentiti il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria riconosciute degli avvocati amministrativisti.

Con lo stesso decreto si prevedeva dovessero in aggiunta essere individuati i casi per i quali, per specifiche ragioni, potesse essere consentito superare i relativi limiti. Il medesimo decreto, nel fissare i predetti limiti dimensionali, stabiliva si dovesse tenere conto di una serie di aspetti, tra i quali: il valore effettivo della controversia, la sua natura tecnica e il valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti.

La medesima previsione di cui all'art. 120, comma 6 c.p.a. prevedeva che il giudice dovesse esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti^[xvii].

In attuazione della previsione suddetta, riferita al rito appalti, è stato emanato il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 40 del 25 maggio 2015; quest'ultimo rappresenta un approdo fondamentale con particolare riguardo ai limiti dimensionali degli atti, posto che, mediante tale decreto, per la prima volta si è individuato un preciso contenuto dimensionale rispetto al principio di sinteticità^[xviii].

Successivamente l'art. 7-bis della legge 25 ottobre 2016, n. 197 di conversione del d.l. 31 agosto 2016, n. 168 recante *“Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa”* ha disposto l'abrogazione della suddetta norma, introducendo l'art. 13-ter in sede di Allegato II al c.p.a. rubricato *“Criteri per la sinteticità e la chiarezza degli atti di parte”*.

Tale norma, in sostanza, ha esteso la disciplina poc'anzi esposta e riferita al solo rito in materia di appalti a tutto il processo amministrativo.

4. Sinteticità e limiti dimensionali degli atti processuali di parte nelle previsioni normative vigenti: l'art. 13-ter All. II c.p.a. e il d.P.C.S. 167/2016

L'art. 13-ter dell'All. II c.p.a. oggi dispone che *“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'.

Il decreto n. 40/2015 sopra menzionato è stato successivamente sostituito dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 22 dicembre 2016, emanato in ottica generale con riferimento all'intero processo amministrativo, in attuazione dell'art. 13-ter suddetto, decreto a sua volta modificato dal successivo d.P.C.S. 16 ottobre 2017, n. 127.

Il provvedimento in questione riveste particolare rilevanza ai fini della trattazione presente considerato che, in primo luogo, ha individuato precisi criteri di redazione degli atti processuali di parte, tra i quali: l'indicazione distinta dei fatti e dei motivi in parti specificamente rubricate; l'individuazione, sempre in distinti paragrafi, specificamente titolati, delle eccezioni di rito e di merito, le richieste di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, le richieste di rinvio alla Corte costituzionale, le istanze istruttorie e processuali; la formulazione di motivi e specifiche domande in paragrafi numerati e muniti di titolo.

Tra gli altri criteri redazionali di cui al decreto presidenziale, avuto riguardo in particolare alla pronuncia in commento, si evidenzia inoltre la specifica previsione di cui all'art. 2, lett. d) alla luce della quale le parti *“evitano, se non è strettamente necessario, la riproduzione pedissequa di parti del provvedimento amministrativo o giurisdizionale impugnato, di documenti e di atti di precedenti gradi di giudizio mediante “copia e incolla”; in caso di riproduzione, riportano la parte riprodotta tra virgolette, e/o in corsivo, o con altra modalità atta ad evidenziarla e differenziarla dall'atto difensivo”.*

L'art. successivo del decreto in esame detta, in aggiunta, i precisi limiti dimensionali degli atti processuali di parte individuando nello specifico un numero massimo di caratteri, in conformità alle specifiche tecniche di cui all'articolo 8 del medesimo decreto, indicati per ciascun rito ed in particolare: *“a) nei riti dell'accesso, del silenzio, del decreto ingiuntivo (sia ricorso che opposizione), elettorale di cui all'articolo 129 del codice del processo amministrativo, dell'ottemperanza per decisioni rese nell'ambito dei suddetti riti, dell'ottemperanza a decisioni del giudice ordinario, e in ogni altro rito speciale non espressamente menzionato nel presente comma, 30.000 caratteri (corrispondenti a circa 15 pagine nel formato di cui all'articolo 8); b) nel rito ordinario, nel rito abbreviato comune di cui all'art. 119, nel rito appalti, nel rito elettorale di cui all'articolo 130 e seguenti del codice del processo amministrativo, e nei giudizi di ottemperanza a decisioni rese nell'ambito di tali riti, 70.000 caratteri (corrispondenti a circa 35 pagine nel formato di cui all'articolo 8); c) la memoria di costituzione unica relativa a un numero di ricorsi o impugnazioni superiori a due, proposti contro un atto plurimo, non può eccedere le dimensioni della somma delle singole memorie diviso due”.*

Ulteriore questione prevista nell'ambito del decreto Presidenziale più recente, la quale rileva con riferimento alla pronuncia in commento, è certamente quella delle deroghe previste rispetto ai suddetti limiti dimensionali degli atti (espressamente indicate all'art. 5 del decreto) secondo un procedimento di autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali – descritto al successivo art. 6 – consistente nella valutazione in ordine alla sussistenza dei predetti presupposti di cui all'art. 5 ad opera del Presidente del tribunale adito.

Al fine dell'ottenimento dell'autorizzazione al superamento dei limiti, il ricorrente, principale o incidentale, è in concreto chiamato a formulare istanza motivata, allegando ove possibile lo schema di ricorso, sulla quale il Presidente o il magistrato delegato debbono pronunciarsi

con decreto, entro i tre giorni successivi, così come avvenuto mediante la pronuncia in commento^[xix].

5. Il decreto in esame nel quadro delle pronunce giurisprudenziali sul punto

La giurisprudenza ha applicato il suddetto principio generale di sinteticità di cui all'art. 3, comma 2 del c.p.a. individuando rispetto a singoli casi una violazione del dovere di sinteticità, anche prima della introduzione nell'ordinamento interno, rispetto a tutti i giudizi promossi avanti ai giudici amministrativi, degli specifici criteri di redazione degli atti e dei precisi limiti dimensionali degli atti di parte.

In tal senso, si è ritenuto contrario al dovere di sinteticità un atto di appello connotato da *“estrema prolissità e ripetitività (...), che ha particolarmente aggravato l'attività difensiva delle controparti mediante violazione dei principi di cui al cit. art. 3 c.p.a., soprattutto in quanto reca: 1) 53 pagine di oltre 30 righe, palesemente non proporzionate al livello di complessità della causa; 2) un evidente abuso della funzione di c.d. “copia e incolla”, applicata ad atti già necessariamente presenti nel fascicolo (ricorso di primo grado e sentenza appellata); 3) una frequente ripetizione di concetti già esposti”*^[xx].

Nel caso di specie, applicando le previsioni generali di cui all'art. 3, comma 2 c.p.a. e all'art. 13-ter All. 2 c.p.a., ma altresì gli artt. 5 e 6 del d.P.C.S. n. 167/2016, l'organo giudicante adito ai fini dell'autorizzazione di cui all'art. 6 del medesimo decreto, mediante istanza di deroga ai limiti dimensionali, precisa come giusta causa di deroga ai suddetti limiti, in sede di riassunzione e nell'ambito del giudizio di appello, non possa essere ritenuta la circostanza della particolare estensione degli atti precedenti di ricorso alla Corte d'appello e di ricorso al T.A.R. in primo grado.

In aggiunta, come asserito, né si ravvisano, né risultano provate “eccezionali ragioni” giustificanti nel caso concreto l'estensione dell'atto, in deroga al principio di sinteticità.

L'istanza è pertanto solo parzialmente accolta, in applicazione del disposto di cui all'art. 5, comma 1 del d.P.C.S. richiamato, in particolare con autorizzazione di 100.000 caratteri, esclusi spazi, epigrafe, dispositivo e riassunto iniziale.

Un aspetto sul quale si è incentrato il dibattito dottrinale, laddove si consideri anche quanto osservato nella pronuncia in commento, è senza dubbio quello della innegabile discrezionalità che connota le decisioni degli organi giudicanti, nell'interpretazione e nell'applicazione concreta delle previsioni di cui all'art. 5 del d.P.C.S. e così, caso per caso, nella valutazione circa la sussistenza dei generali presupposti di fatto legittimanti l'autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali degli atti.

Il menzionato art. 5 fa riferimento in particolare ad una controversia che *“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'articolo 125 del codice del processo amministrativo".

Oltretutto, le predette deroghe ai limiti dimensionali individuati in attuazione del generale e codificato principio di sinteticità – occorre precisare – si rinvencono nell'ambito di un atto, il decreto del Presidente del Consiglio di Stato, che difficilmente può essere inquadrato nell'ambito delle fonti di rango primario.

Ulteriore questione connessa e – si ritiene – maggiormente rilevante, oltre che, ad oggi, oggetto di vivace dibattito in ambito dottrinale e giurisprudenziale laddove si faccia riferimento alla sinteticità degli atti nell'ambito del processo amministrativo, pare quella concernente le conseguenze della violazione del principio di sinteticità, parimenti in assenza di una espressa previsione legislativa sul punto[[xxi](#)].

6. L'assenza di un'applicazione sistematica da parte della giurisprudenza delle conseguenze delle condotte difformi rispetto al principio di sinteticità

In sostanza, codificato il principio sul piano normativo e disciplinati – in attuazione del principio in questione – taluni requisiti formali degli atti di parte nell'ambito del processo amministrativo, si è tuttavia rimessa a dottrina e giurisprudenza l'interpretazione circa le conseguenze della violazione delle suddette norme, anche in termini di requisiti e limiti dimensionali degli atti.

Di fatto, come posto in evidenza dalla dottrina, nessuna norma di rango primario prevede esplicitamente che la violazione del principio di sinteticità possa dar luogo alla inammissibilità – *in parte qua* – della domanda: come accennato, infatti, rispetto alle conseguenze della eventuale violazione del principio occorre fare riferimento all'art. 26 c.p.a., con esclusivo riguardo all'aspetto della condanna alle spese di lite e all'art. 13-*ter*, comma 5, All. II c.p.a., laddove è previsto che l'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine dell'atto eccedenti i limiti dimensionali prescritti o autorizzati non rappresenta motivo di impugnazione[[xxii](#)].

Di conseguenza, la giurisprudenza si è pronunciata sulla questione della sinteticità degli atti ed in particolar modo, altresì, sulle conseguenze del mancato rispetto dei limiti dimensionali secondo orientamenti contrastanti.

Un recente filone della giurisprudenza amministrativa si è consolidato sull'assunto per cui il superamento dei limiti dimensionali determinerebbe, alla luce dell'interpretazione preferibile delle previsioni normative analizzate, l'inammissibilità delle specifiche censure o delle deduzioni svolte dalla parte[[xxiii](#)].

In dottrina, tuttavia, si è eccepito che non pare chiaro quale sia la norma dalla quale sarebbe possibile far derivare la conseguenza dell'irricevibilità od inammissibilità *in parte qua* dell'atto processuale di parte eccedente i limiti dimensionali previsti[[xxiv](#)].

Altro orientamento, di contro, ha escluso che la violazione dei limiti dimensionali comporti la irricevibilità, *in parte qua*, dell'atto^[xxv].

Da ultimo, peraltro, sembra si sia affermato quale orientamento prevalente in seno alla giurisprudenza amministrativa quello volto a sanzionare proprio in termini di irricevibilità, ovvero inammissibilità il superamento non autorizzato dei suddetti limiti, sebbene con alcune cautele di seguito poste in evidenza^[xxvi].

Nell'ambito della recente sentenza del Consiglio di Stato n. 3006/2021, in particolare il collegio giudicante – richiamando il principio di leale collaborazione (ai sensi dell'art. 2, comma 2, del c.p.a.) – ha invitato le parti a riformulare le difese nell'ambito di precisi limiti dimensionali, con il divieto di introdurre fatti, motivi ed eccezioni nuovi rispetto a quelli già dedotti e, nel caso di specie, ha assunto tale determinazione al precipuo fine di “non *sorprendere*” le parti in una fase caratterizzata dall'assenza di una applicazione sistematica da parte della giurisprudenza delle suddette conseguenze delle condotte difformi (salvo alcuni sporadici ma significativi precedenti: cfr. Sez. IV, 7 novembre 2016, n. 4636.; Sez. V, 12 giugno 2017, n. 2852)”^[xxvii].

Nella stessa pronuncia il supremo consesso amministrativo ha rilevato, a proposito del requisito della sinteticità degli atti di parte e del rispetto dei limiti dimensionali richiamati all'art. 13-bis All. 2 c.p.a., che “*mentre l'iniziale impostazione legislativa faceva leva unicamente sulla condanna alle spese di lite (art. 26 del c.p.a.), il citato art. 13-ter, in modo estremamente innovativo sul piano sistematico, sanziona in termini (non di nullità, bensì) di "inutilizzabilità" le difese sovrabbondanti, in quanto il giudice è autorizzato a presumere che la violazione dei limiti dimensionali (ove ingiustificata) sia tale da compromettere l'esame tempestivo e l'intelligibilità della domanda; in questi termini va interpretata la disposizione che ha introdotto una deroga rispetto all'obbligo generalmente esistente in campo al giudice di pronunciare su tutta la domanda (il mancato esame delle difese sovrabbondanti non è infatti censurabile come vizio di infra-petizione)*”.

Merita attenzione, dunque, anche alla luce di quanto statuito dalla pronuncia anzidetta, così come dalla pronuncia in commento, la seguente precisazione.

Considerando la *ratio* delle disposizioni da ultimo introdotte con riferimento alla sinteticità degli atti di parte nell'ambito del processo amministrativo appare fondamentale, anche laddove si sposti il *focus* sulla questione delle conseguenze – per gli atti di parte – del mancato rispetto della sinteticità nella redazione degli atti medesimi, l'aspetto della intelligibilità della domanda.

Lo stesso Consiglio di Stato, in merito, ha recentemente evidenziato come il mancato rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'art. 3, c. 2 c.p.a. esponga l'appellante alla declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, non tanto per la irragionevole estensione del ricorso, bensì in quanto rischia di pregiudicare l'intelligibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e – in caso di appello – confuse le stesse censure mosse alla sentenza gravata, con conseguente violazione della regola di specificità dei motivi di appello, ex art. 101, c. 1 c.p.a., imposta a pena di ammissibilità del gravame^[xxviii].

In altri termini, come – si ritiene – correttamente affermato dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, la brevità dell'atto processuale (in termini di caratteri, pagine e battute) andrebbe intesa quale “*strumento attraverso il quale il legislatore ha inteso vincolare le parti a quello*

sforzo di "sintesi" giuridica della materia controversa, sul presupposto che l'intelligibilità dell'atto (e quindi la giustizia della decisione) è grandemente ostacolata da esposizioni confuse e causidiche"[xxix].

Il principio di sinteticità avrebbe, in altri termini, una particolare rilevanza nella misura in cui il mancato rispetto del suddetto principio generale pregiudichi l'intelligibilità delle questioni, rendendo non chiara l'esposizione dei fatti di causa e non precisamente individuabili le censure mosse alla sentenza appellata, ponendosi in tal senso in contrasto con il principio di rilevanza costituzionale di ragionevole durata del processo, oltre che con il principio di leale collaborazione tra le parti processuali e tra queste ed il giudice, determinando di fatto un impedimento al pieno e proficuo svolgimento dello stesso contraddittorio processuale[xxx].

7. Osservazioni conclusive anche alla luce dell'art. 24 Cost.

Dall'analisi condotta emerge, con evidenza, il dato per cui le tecniche di redazione degli atti ed in particolare la sinteticità degli atti processuali quale principio generale del processo amministrativo, non si pongano quali tematiche concernenti la forma, ma investano la stessa sostanza del processo, in quanto la sinteticità diverrebbe uno dei mezzi per assicurare una più celere risposta alla domanda di giustizia della collettività[xxxi].

In termini generali, le recenti previsioni circa la necessaria sinteticità degli atti di parte hanno generato un ampio e complesso dibattito in dottrina. Larga parte di quest'ultima, in particolare, ha posto in dubbio la compatibilità delle suddette previsioni in termini di sostanziale contrarietà con il diritto di difesa presidiato dalla previsione di rango costituzionale di cui all'art. 24 Cost.

Del pari, numerose critiche sono state mosse dalla dottrina rispetto alla formulazione dell'art. 5 del d.P.C.S. 167/2016 quale norma "in bianco" che attribuirebbe una amplissima discrezionalità in capo al giudicante, in contrasto con i principi di parità delle parti, del giusto processo, oltre che di legalità[xxxii].

D'altra parte, nell'ambito della stessa giurisprudenza amministrativa si è posto in evidenza come gli oneri di specificità, sinteticità e chiarezza incombenti sulla parte ricorrente (e sul suo difensore) trovino un preciso fondamento nell'ambito dello stesso art. 24 Cost., posto che solo un'esposizione chiara dei motivi di ricorso o, comunque, delle ragioni che sorreggono la domanda, consentirebbe l'esplicazione del diritto di difesa delle altre parti evocate in giudizio[xxxiii].

Un primo punto fermo, dunque, laddove si tratti del principio di sinteticità degli atti – peraltro come codificato in ambito normativo nell'ambito del rammentato art. 3, comma 2 c.p.a. – pare essere in conclusione quello per cui il principio debba essere concretamente applicato non soltanto dagli avvocati nella redazione degli atti di parte, ma altresì dall'organo giudicante nella stesura dei provvedimenti[xxxiv].

Una seconda considerazione di sintesi che si intende formulare, ricollegandosi in particolare alla *ratio* della norma che ha codificato il principio di sinteticità anche in ambito amministrativo, pare possa essere, altresì, quella per cui il principio assume una valenza generale, ma anche e soprattutto pratica, ponendosi a presidio della effettività della tutela e

della giustizia delle decisioni nell'ambito del processo amministrativo, nella misura in cui sia inteso quale principio volto a disincentivare e – di fatto in qualche misura, come osservato, sanzionare – la classe forense laddove nella redazione degli atti introduttivi del giudizio e difensivi, in particolar modo laddove non siano coinvolte questioni tecniche particolarmente complesse, rediga atti sproporzionati e sovrabbondanti, densi di ripetizioni e forieri di confusione sul piano interpretativo^[xxxv].

Ciò precisato, sembra opportuno aggiungere, sul piano delle conseguenze ed a livello pratico, considerate altresì le norme di rango primario ad oggi in vigore sul tema, come il superamento dei limiti dimensionali previsti proprio allo scopo di garantire la sinteticità degli atti processuali di parte, non produrrebbe *ex se* l'inammissibilità o irricevibilità dell'atto processuale, la quale potrebbe essere dichiarata dal giudicante solamente nella misura in cui il superamento dei limiti dimensionali si riverbera, come esposto, sulla intellegibilità dell'atto^[xxxvi].

[i] In tema di riassunzione, tra le più recenti e rilevanti pronunce della giurisprudenza amministrativa si v. T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. II, 2 luglio 2021, n. 626, in *Foro amm.*, 2021, 7-8, 1169, laddove si è chiarito che il giudice *ad quem*, avanti al quale avviene la riassunzione, eredita un giudizio nel medesimo stato in chiuso si è chiuso davanti al giudice per primo adito, con la conseguenza per cui, perché la riassunzione operi, occorre che *petitum* e *causa petendi* coincidano, non essendo ammissibili nuove domande. Sempre sul punto la giurisprudenza amministrativa, di recente, è giunta ad affermare che, in sede di *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice amministrativo, è ammissibile la domanda che, seppur risultando quella in origine proposta avanti al giudice civile, sia stata tuttavia formulata in maniera differente, per esigenze di mero adeguamento convenzionale alle formule di stile tipiche del processo amministrativo (cfr. T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. II, 28 aprile 2021, n. 304, in *Foro amm.*, 2021, 4, 712).

[ii] Trattasi di Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Foro amm. CDS*, 2007, 7-8, 2103, con nota di Scognamiglio e in *Dir. proc. amm.* 2007, 3, 796, con nota di Sigismondi. La questione di legittimità costituzionale decisa dalla pronuncia in commento è stata sollevata da T.a.r. Liguria, ord. 21 novembre 2005, n. 148. Per un'analisi della pronuncia in questione, oltre che di Cass., sez. un., 22 febbraio 2007 n. 4109, si v. in dottrina, R. Oriani, *È possibile la translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, 1013; M. Lipari, *La translatio del processo nel disegno di legge governativo approvato dalla camera dei deputati (as-1082): certezze e dubbi*, in *Federalismi.it*, 2008; 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)*, in *Federalismi.it*, 20, 2008.

Tra i contributi più recenti sull'istituto si v. M. Cirulli, *Profili dinamici della giurisdizione nel Codice della giustizia contabile*, in *Federalismi.it*, 6, 2020.

[iii] Si fa riferimento a Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Diritto e Giustizia*, 2005, 20, 99, con nota di Proietti e in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214, con nota di Mazarroli. Sulla storica pronuncia in questione si v. tra gli altri A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della C. cost. 6 luglio 2004 n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I, 2594; M.A. Sandulli, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *RGE*, 2004, I, 1230; F. Satta, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte cost. n. 204 del 2004*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1903; C.E. Gallo, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, *ivi*, 1908; D. Siclari, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie afferenti alla vigilanza sul credito: una conferma implicita e alcune incertezze residue*, *ivi*.

[iv] Sulla previsione normativa in questione, tra i contributi più recenti, si v. M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021, 213 ss.

[v] Si v., tra le altre, T.A.R. Molise, Campobasso, 4 agosto 2011, n. 528, in *Foro amm. TAR*, 2011, 7-8, 2421 (s.m); T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, 5 dicembre 2014, n. 605, in *Foro Amm.*, 2014, 12, 3215. Peraltro, proprio a proposito dell'atto di riassunzione, le stesse sezioni unite della Cassazione hanno avuto modo di rammentare la certezza della regola di perpetuazione anche nell'ipotesi di una *traslatio* effettuata prima dell'entrata in vigore della L. n. 69 del 2009, art. 59, comma

2. Così, nell'ambito della sentenza Cass. civ., sez. un., 23 novembre 2010, n. 23596, si è posto in rilievo come “*il processo iniziato davanti ad un giudice, che ha poi dichiarato il difetto di giurisdizione, e riassunto nel termine di legge davanti al giudice, indicato dal primo come dotato di giurisdizione, non costituisce un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio per quanto inizialmente introdotto davanti a giudice carente della, giurisdizione*”. Conformemente, nell'ambito di una successiva pronuncia delle sezioni unite, Cass. civ., sez. un., 21 aprile 2011, n. 9130, si è ribadito come “*mediante l'istituto della translatio iudicii si intende proprio realizzare la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda originaria, con esclusione della necessità della riproposizione ex novo della domanda, allorché il giudizio è riattivato innanzi al giudice provvisto di giurisdizione, secondo i principi fissati dalla Corte costituzionale (si v. la già menzionata sent. Corte cost. n. 77/2007) e dalle stesse sezioni unite (Cass. civ., sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109). Il principio della conservazione degli effetti che la domanda avrebbe proposto se presentata al giusto giudice, deve trovare attuazione pratica col consentire alle parti di proseguire davanti ad un secondo giudice quello stesso processo iniziato davanti a quello male individuato dall'attore. I principi costituzionali di effettività e certezza della tutela giurisdizionale impongono che la funzione di dare giustizia, pur articolata secondo il sistema della Costituzione, attraverso una pluralità di ordini giurisdizionali non sia da questa ostacolata*”. Sempre nell'ambito di tale pronuncia si è posta in evidenza la necessità di tenere distinte le fattispecie della riassunzione e della riproposizione, chiarendo come il legislatore abbia adottato, non casualmente, i diversi termini di riassunzione e di riproposizione (di seguito unificati nel regime del termine dall'art. 59, comma 4) “*avendo ben presente la necessità di distinguere le ipotesi della conservata attività della prima domanda per la identità dell'ambiente processuale, quello a quo e quello ad quem, da quella del passaggio da un regime prevalentemente impugnatorio ad un regime esclusivamente cognitivo del rapporto, ferma restando in entrambe le ipotesi la conservazione di una unicità del rapporto (che giustifica la preclusione a contestare la giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c. come queste Sezioni Unite hanno ripetutamente affermato: n. 23596 citata e nn. 19256 e 14828, tutte del 2010). Nel primo caso nessuna revisione della domanda, né alcun adattamento del petitum, appare essere predicabile, nel secondo caso emerge essere necessaria la riproposizione - con relativa emendatio - con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile” (art. 59, comma 2 ultima parte citato), e pertanto tal riproposizione deve essere ragguagliata, nella sua idoneità, alla regola del giudice e del rito innanzi al quale il processo viene a continuare” (così Cass. civ., sez. un., 21 aprile 2011, n. 9130, in *Giust. civ.*, 2012, 11-12, I, 2741). In senso conforme nell'ambito della giurisprudenza amministrativa si v., altresì, Cons. St., sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1781, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, 1415, con nota di Tropea. In dottrina si v. M. Mazzamuto, *La translatio iudicii si “schiude”?*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012, 660 ss.; A. Calderera, *Considerazioni sulla c.d. translatio iudicii*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2009, 715; A. Travi, *Difetto di giurisdizione e riassunzione della causa: alcune questioni aperte*, in *Urb. e app.*, 2008, 857 ss.*

[vi] Sul principio in esame, tra i numerosi contributi in dottrina, si v. F. Saitta, *La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali*, in *Il Processo*, n. 3/2019, 539 ss.; G. Milizia, *Il dovere di sinteticità non riguarda solo gli scritti difensivi ma anche i documenti depositati*, nota a T.A.R. Palermo, 17 settembre 2019, n. 2203, in *Diritto & Giustizia*, 176, 2019, 17; F. Francario, *Il principio di sinteticità*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 2018, 683 ss.; M. Taruffo, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2/2017, 453 ss.; G. Corso, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2016, 1 ss.; F. Cordopatri, *La violazione del dovere di sinteticità degli atti e l'abuso del processo*, in *Federalismi.it*, 2014; G.P. Cirillo, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012; F. Merusi, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm.*, CDS, 2011, 13533 ss.

[vii] Cfr. sul punto R. De Nictolis, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo*, Relazione al Convegno presso la Corte di Cassazione “Giornata europea della giustizia civile”, Roma, 26 ottobre 2016, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[viii] Si v. il Reg. n. 629 del 17 aprile 2019 del Parlamento e Consiglio europeo, recante modifica del Protocollo n. 3 concernente lo statuto della Corte di giustizia UE, di introduzione di un limite dimensionale degli atti di parte.

[ix] Cfr. in particolare l'art. 47 del Regolamento della Corte EDU.

[x] Cfr., tra gli altri contributi sul tema, L.R. Luongo, *Il «principio» di sinteticità e chiarezza degli atti di parte e il diritto di accesso al giudice (anche alla luce dell'art. 1, co. 17 lett. d ed e, d.d.l. 1662, in *Judicium*, 2021.*

[xi] In tal senso F. Francario, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2018, 129 ss.

[xii] Si v. sul punto M. Nunziata, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *www.l'amministrativista.it*, 2016.

[xiii] In dottrina, a proposito del principio in esame, in senso generale, si v., tra gli altri contributi, M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017, in partic. 203 ss.; G. P. Cirillo, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. Santaniello, vol. XXXXII, 39 ss.

[xiv] Si v. in argomento Cons. St., sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2013, 6, 1650.

[xv] Su tale specifico aspetto si v. in particolare il successivo par. 6.

[xvi] Ulteriori modifiche all'art. 26 sono state disposte mediante l'art. 41, comma 1, lettera a), della legge n. 114 del 2014.

[xvii] Per un'analisi del contenuto dell'art. 120, comma 6 c.p.a. nella predetta formulazione si v. M.A. Sandulli, *Il tempo del processo come bene della vita*, Relazione al 60° Convegno di Studi di scienze amministrative di Varenna, 2014, in *Federalismi.it*, 18, 2014, 32-35; F. Volpe, *Sui limiti all'estensione degli atti di difesa nel processo amministrativo*, in *www.lexitalia.it*, 5, 2015.

[xviii] Sino alla determinazione di limiti quantitativi nell'ambito degli atti evidenziati l'elaborazione di canoni di sinteticità è stata affidata alla giurisprudenza che, sul piano interpretativo, in relazione a diversi casi, ha considerato non conformi a sinteticità, tra gli altri, atti che: ripetono lo stesso concetto più di una volta, anche se con espressioni diverse; si dilungano a riportare interi brani di giurisprudenza o dottrina, non necessari; indugiano nella ricostruzione teorica di istituti, non necessaria per la soluzione della questione controversa; propongono un numero elevato di motivi di ricorso palesemente infondati o inammissibili.

[xix] L'autorizzazione, ai sensi dell'art. 7 del decreto presidenziale, può anche essere successiva a seguito di istanza formulata dalla parte, in caso di mancata autorizzazione preventiva per gravi e giustificati motivi.

[xx] Così Cons. giust. reg. sic., 19 aprile 2012, n. 395, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[xxi] Cfr. G. Ferrari, *Sinteticità degli atti nel giudizio amministrativo*, in Treccani, Libro dell'anno del diritto 2013, Roma, 2013, 706.

[xxii] F. Francario, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., 141.

[xxiii] In tal senso, in particolare, v. Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2016, n. 4636, in *Foro amm.*, 2016, 11, 2644, la quale ha dichiarato l'inammissibilità dell'appello proposto per violazione del dovere di specificità dei motivi di ricorso ex artt. 40, comma 1, lett. d) e 101, comma 1, c.p.a. ed altresì del dovere di sinteticità di cui all'art. 3, comma 2, c.p.a. Nella pronuncia si è posto in evidenza, in particolare, come "il dovere di sinteticità sancito dall'art. 3, comma 2, c.p.a., strumentalmente connesso al principio della ragionevole durata del processo (art. 2, comma 2, c.p.a.), è a sua volta corollario del giusto processo, ed assume 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 maniera razionale, sì 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» (l'idea della funzione giurisdizionale quale "risorsa scarsa" è stata sviluppato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in due recenti pronunce, 25 febbraio 2014, n. 9 e 27 aprile 2015, n. 5, e ripreso dalle Sezioni unite della Corte di cassazione nelle sentenze 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243 e, da ultimo, nella sentenza 20 ottobre 2016 n. 21260)". In senso conforme si v., altresì, Cons. St., sez. III, 21 marzo 2016, n. 1120, in *www.giustizia-amministrativa.it* e Cons. St., sez. V, 12 giugno 2017, n. 2852, in *Foro amm.*, 2017, 6, 1273, laddove, in particolare, si è statuito che, in mancanza di autorizzazione, l'atto risulta irricevibile per la parte eccedente i limiti dimensionali.

[xxiv] V. F. Francario, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., in partic. 145 e 153 ss.

[xxv] Si v., tra le altre, CGARS (ord.) 15 settembre 2014, n. 536, in *Foro it.* 2014, 11, III, 631, a proposito di un caso analogo a quello in commento, nell'ambito del quale, a fronte di un appello di dimensioni palesemente sproporzionate se comparate con la complessità della vicenda, dunque contrastante con i principi di chiarezza e sinteticità di cui all'art. 3, comma 2, c.p.a., non ha dichiarato inammissibile l'appello nel caso concreto, ma ha invitato la parte appellante a produrre una memoria riepilogativa sintetica di non oltre venti pagine. In senso conforme, tra le altre, anche Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2969, in *Foro amm.*, 2017, 6, 1279.

[xxvi] Così, tra le altre, Cons. St. sez. IV, 1° dicembre 2020, n.7622, in *Diritto & Giustizia*, 2020, 3 dicembre, laddove si è statuito che deve ritenersi inammissibile il ricorso che viola il principio di sinteticità, a nulla rilevando che tale gravame sia stato proposto prima dell'adozione del decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 22 dicembre 2016 sui limiti dimensionali, avendo il dovere di sinteticità una valenza peculiare nel giudizio amministrativo caratterizzato dalla centralità dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica. V. altresì Cons. St., sez. IV, 24 aprile 2019, n. 2651, in *Foro amm.*, 2019, 4, 634.

[xxvii] Cons. St., sez. VI, 13 aprile 2021, n. 3006, in *Guida al diritto*, 2021, 18. Per un commento alla specifica recente pronuncia si v. F. Valerini, *L'avvocato deve fare il riassunto se vuole che le sue difese siano esaminate*, in *Diritto & Giustizia*, 76, 2021, 6.

[xxxviii] V. Cons. St., sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1450, a conferma di T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, n. 5497/2012, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. IV, 1° dicembre 2020, n. 7622, cit.; Cons. St., sez. III, 12 ottobre 2020, n. 6043, in *Foro amm.*, 2020, 10, 1850; oltre che Cass. civ., sez. trib., 21 marzo 2019, n. 8009 in *Dejure.it*.

[xxxix] Cfr. Cons. St., sez. VI, 13 aprile 2021, n. 3006, cit. Sul punto si v. anche C.E. Gallo, *Il secondo correttivo al codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2012, 1240.

[xxx] In questo senso si sono espresse le stesse sezioni unite nell'ambito della rilevante pronuncia sul tema Cass. civ., sez. un., 17 gennaio 2017, n. 964, in *Foro it.*, 2017, 2, I, 509.

[xxxii] In tal senso, R. De Nictolis, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo*, cit.

[xxxiii] Così I. Impastato, *"Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole e più non dimandare": la scure del giudice amministrativo sui "limiti dimensionali di sinteticità" degli atti processuali di parte (e sul diritto di difesa)*, in *Judicium.it*, 2021. Si v., altresì, M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2013, 100 ss.

[xxxiiii] Cfr. in partic. Cons. St. n. 4636/2016, cit.

[xxxiv] Tra gli altri contributi sul tema si v. F. Patroni Griffi, *La sentenza amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, V, *Il processo amministrativo*, Milano, 2003, 4466; R. De Nictolis, *La tecnica di redazione delle sentenze del giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; G.P. Cirillo, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*, *ivi*. In giurisprudenza, si v. da ultimo, Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, in *Foro amm.*, 2021, 10, 1415. Nell'ambito della pronuncia si è posto in evidenza come *"l'essenza della sinteticità, prescritta dal codice di rito, non risiede nel numero delle pagine o delle righe in ogni pagina, ma nella proporzione tra la molteplicità e la complessità delle questioni dibattute e l'ampiezza dell'atto che le veicola, in quanto la sinteticità è "un concetto di relazione, che esprime una corretta proporzione tra due grandezze, la mole, da un lato, delle questioni da esaminare e, dall'altro, la consistenza dell'atto - ricorso, memoria o, infine, sentenza - chiamato ad esaminarle" (Cons. St., sez. III, 12 giugno 2015, n. 2900) ed è, si deve qui aggiungere, sul piano processuale un bene-mezzo, un valore strumentale rispetto al fine ultimo, e al valore superiore, della chiarezza e della intelligibilità della decisione nel suo percorso motivazionale"*.

[xxxv] Si v., in questo senso, il riferimento, nell'ambito di una pronuncia del giudice amministrativo sulla questione, ad un atto di appello caratterizzato *"da plurime reiterazioni delle medesime argomentazioni, dalla conseguente esposizione delle stesse in modo non specifico ed esaustivo ma attraverso motivi intrusi, da interpolazioni con atti giudiziari ed amministrativi (talora fotocopiati ed inseriti nel testo), dallo stralcio di dibattiti in sedute di organi collegiali nonché da manifesta prolissità"*. Così Cons. St. n. 4636/2016, cit.

[xxxvi] V. F. Francario, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., 132. L'A. rileva, in particolare, sul punto come *"ferma restando l'attenuazione dell'obbligo di pronunciare su tutta la domanda, al giudice non è precluso conoscere l'atto nella sua interezza, anche se sovradimensionato"* ed ancora *"è vero dunque che l'art. 13-ter dell'All. 2 del c.p.a. introduce il limite dimensionale come requisito formale dell'atto processuale di parte, ma è altrettanto vero che non è stata espressamente prevista e comminata la nullità dell'atto che risulti privo del suddetto requisito"*.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2419 – 21 luglio 2022

La tardiva opposizione al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la (in)applicabilità dell'art. 48, comma 3, c.p.a. (nota a Cons. Stato, Sez. I, parere 15 febbraio 2022, n. 361)

di Giuseppe La Rosa

Sommario: 1. Il caso e il principio di diritto. - 2. Irricevibilità e inammissibilità nel processo amministrativo. - 3. Irricevibilità e inammissibilità oltre il processo amministrativo. - 4. Natura, presupposti e finalità dell'opposizione al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. - 5. Considerazioni conclusive.

1. Il caso e il principio di diritto.

La questione origina dalla proposizione di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per l'annullamento del decreto emesso dalla Corte di Appello di Roma con cui è stato dichiarato inammissibile il ricorso per la revocazione di un provvedimento giurisdizionale in quanto proposto dalla parte personalmente, senza l'assistenza di un difensore. Nel dettaglio il ricorso straordinario è stato depositato in data 12 marzo 2021 presso la Corte di Appello e da questa trasmesso al Ministero della Giustizia il 15 aprile 2021, il quale, dunque, ha proposto opposizione il 7 giugno 2021. Nonostante l'opposizione, tuttavia, il Consiglio di Stato non ha dichiarato improcedibile il ricorso straordinario, sull'assunto che la stessa fosse stata tardivamente proposta, dovendo farsi decorrere il termine di sessanta giorni dal 12 marzo 2021 (data di deposito del ricorso presso la Corte di Appello), anziché dal successivo 15 aprile (data in cui il Ministero ne ha ricevuto formale notizia). È stato, quindi, affermato il principio di diritto secondo cui *“spetta al Consiglio di Stato nella sede della trattazione*

del ricorso straordinario l'esame e la decisione della questione della tempestività o tardività della notifica dell'opposizione?

Tale conclusione è riposta su ragioni sia normative sia sistematiche.

Quanto ai profili di ordine normativo, il Consiglio di Stato richiama, da un lato, l'art. 48, comma 3, c.p.a., secondo cui *“qualora l'opposizione sia inammissibile, il tribunale amministrativo regionale dispone la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria”* (il cui contenuto troverebbe altresì conferma nell'art. 10, comma 3, d.p.r. n. 1199/1971) e, dall'altro, l'art. 35 c.p.a. che, nel disciplinare le pronunce di rito adottabili dal Giudice amministrativo, mantiene distinta l'ipotesi di irricevibilità da quella di inammissibilità. Ne deriverebbe, dunque, che il richiamo da parte dell'art. 48, comma 3, cit., alla sola inammissibilità dell'opposizione esprimerebbe la *voluntas legis* di riconoscere al Giudice amministrativo, nella sede giurisdizionale, la cognizione di tutte le questioni di inammissibilità dell'opposizione, esclusa però la (distinta) questione di tardività dell'opposizione, che resterebbe di conseguenza attribuita alla Sezione consultiva del Consiglio di Stato chiamata a conoscere del ricorso straordinario.

Con riferimento alle questioni di sistema, si è ritenuto che l'opzione ermeneutica che voglia affermare l'improcedibilità del ricorso straordinario, anche nell'ipotesi in cui emerga la tardività dell'opposizione, potrebbe provocare un serio rischio di diniego di giustizia per la parte ricorrente, la quale, considerata la tardività dell'opposizione, potrebbe in buona fede non procedere alla trasposizione, confidando sulla prosecuzione della trattazione dell'affare nella sede straordinaria. E ciò determinerebbe l'impossibilità per la parte ricorrente di ottenere una pronuncia di merito, essendole preclusa sia la via giustiziale, attesa la pronuncia di improcedibilità, sia quella giurisdizionale, non avendo appunto in tesi proceduto alla tempestiva riassunzione.

La decisione che si annota sollecita una riflessione sui concetti di irricevibilità e inammissibilità, consolidatisi tanto nel processo amministrativo (par. 2), quanto negli altri ambiti processuali (par. 3), nonché sulla natura dell'atto di opposizione al procedimento straordinario (par. 4). Tale riflessione è, dunque, condotta con la finalità di valutare la condivisibilità o meno della pronuncia laddove, applicando all'atto di opposizione le categorie di irricevibilità e inammissibilità giunge a limitare la portata dell'art. 48, comma 3, c.p.a.

2. Irricevibilità e inammissibilità nel processo amministrativo.

A tacere della loro diversa origine etimologica^[i], irricevibilità e inammissibilità sono termini che fanno indiscutibilmente parte del tradizionale glossario comunemente in uso tra gli operatori del processo amministrativo^[ii], sebbene la loro concreta portata sia di incerta perimetrazione. Originariamente, tanto la l. 1034/1971 (*Istituzione dei tribunali amministrativi regionali*), quanto il r.d. 643/1907 (*Regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*) e il r.d. 1054/1924 (*Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*) recavano generici riferimenti alla irricevibilità e alla inammissibilità, mancando, tuttavia, di definire in modo puntuale i casi nei quali si sarebbe configurata l'una o l'altra. Infatti, l'art. 26 l. 1034/1971 si limitava a stabilire che *“il tribunale amministrativo regionale, ove ritenga irricevibile*

o inammissibile il ricorso, lo dichiara con sentenza” (comma 1) e che “*nel caso in cui ravvisino la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il tribunale amministrativo regionale e il Consiglio di Stato decidono con sentenza succintamente motivata*” (comma 3), così palesando che tanto la irricevibilità quanto la inammissibilità si contrappongono alle statuizioni nel merito del ricorso, senza tuttavia precisare quali circostanze determinassero l’una o l’altra dichiarazione, né chiarire in che cosa le stesse si differenziassero^[iii]. Né utili spunti definitivi erano rinvenibili nel r.d. 643/1907 e nel r.d. 1054/1924: il primo conteneva unicamente il riferimento alla irricevibilità, riconoscendola nel caso di “*omessa notificazione del ricorso all’autorità dalla quale emana l’atto o il provvedimento impugnato o per altro motivo*” (art. 17, comma 3); il secondo, invece, omissivo qualsiasi riferimento alla irricevibilità, si riferiva solamente alla inammissibilità, stabilendo che “*il ricorso incidentale non è efficace, se venga prodotto dopo che siasi rinunciato al ricorso principale, o se questo venga dichiarato inammissibile, per essere stato proposto fuori termine*” (art. 37) e che “*ove non dichiarati inammissibile il ricorso, decide anche nel merito*” (art. 45).

Il difettoso coordinamento delle richiamate disposizioni ha determinato una certa varietà di orientamenti^[iv], su cui la più attenta dottrina ha proposto alcune ipotesi di sistematizzazione. In particolare, prendendo le mosse dalla distinzione tra presupposti di ammissibilità e di ricevibilità, è stato ritenuto^[v] che alla prima categoria fossero ascrivibili le ipotesi relative alla legittimazione e all’interesse processuale, nonché alla mancanza di cause preclusive alla corretta instaurazione del processo, quali l’acquiescenza; mentre, nell’alveo della seconda categoria fossero riconducibili le ipotesi relative all’esistenza e alla regolare presentazione del ricorso, nonché alla regolarità del contraddittorio. Secondo una diversa ipotesi ricostruttiva^[vi], invece, la distinzione tra inammissibilità e irricevibilità sarebbe più apparente che reale, con la conseguenza che le due ipotesi sarebbero invero riconducibili ad unità, dovendosi farsi unicamente riferimento alla inammissibilità quale pronuncia che preclude l’indagine sul merito della questione^[vii].

Nella giurisprudenza amministrativa si è tradizionalmente consolidata l’interpretazione secondo cui l’irricevibilità del ricorso deriva dalla tardività della notificazione o del deposito del ricorso, sebbene non siano mancate letture volte a ricondurre pure tali ipotesi nel generale alveo della inammissibilità^[viii]; mentre, di inammissibilità si parla tutte le volte che sussiste una originaria carenza dell’azione che ne preclude l’esame nel merito. Questa impostazione ha trovato conferma legislativa nell’art. 35 c.p.a. che mantiene distinta la irricevibilità dalla inammissibilità, riconducendo alla prima “*la tardività della notificazione o del deposito*” del ricorso (comma 1, lett. a) e alla seconda le ipotesi in cui “*è carente l’interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito*” (comma 1, lett. b).

Il tenore delle richiamate disposizioni consente di circoscrivere l’irricevibilità ad una unica e sola ipotesi, ossia: al caso in cui il ricorso (di primo o di secondo grado; *rectius*, l’atto introduttivo del giudizio) sia tardivo, perché notificato o depositato oltre i termini di decadenza^[ix]; qualsiasi altra ipotesi preclusiva all’esame del merito del ricorso deve essere ricondotta nell’alveo della inammissibilità. Tale lettura sembra poter essere confermata da due concorrenti ragioni.

In primo luogo, pare assumere rilevanza la lettura combinata delle lett. a) e b) dell’art. 35, comma 1, cit. Partendo dall’assunto che le due ipotesi ivi previste sono accomunate dalla circostanza che entrambe ostano parimenti alla decisione nel merito del giudizio, troncando il processo prima che lo stesso giunga al suo naturale sbocco di rendere giustizia fra le parti^[x],

non può non rilevarsi come esse stiano tra loro in rapporto di genere a specie. Segnatamente, l'inammissibilità si verifica laddove risulti carente l'interesse ovvero sussistano altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito (lett. b), diverse, tuttavia, dalla tardività della notificazione o del deposito del ricorso, sanzionata, come detto, con la irricevibilità (lett. a). Pare dunque di immediato riscontro come l'irricevibilità sia riscontrabile nell'unica ipotesi espressamente prevista dalla lett. a), determinando qualsiasi altra ragione ostativa alla pronuncia di merito (anche non espressamente prevista, ma comunque ostativa alla decisione di merito) inammissibilità del ricorso.

In secondo luogo, le ipotesi che comportano inammissibilità dell'azione hanno una natura assai eterogenea tra loro, mentre la natura monolitica della irricevibilità non consente di ricondurre alla stessa ipotesi di tardività o mancato rispetto dei termini diversi da quelli espressamente previsti per la notifica e il deposito del ricorso introduttivo. Tale considerazione trova conferma nella lettura sistematica del codice del processo amministrativo. I termini irricevibile/irricevibilità sono utilizzati in cinque occasioni e sempre assieme ai termini inammissibile/inammissibilità: oltre che nel già richiamato art. 35, essi sono utilizzati agli artt. 49 e 95, con riferimento all'integrazione del contraddittorio, all'art. 74, con riferimento alla sentenza in forma semplificata e all'art. 99, per il caso in cui l'Adunanza Plenaria può pronunciare il principio di diritto nell'interesse della legge. I termini inammissibile/inammissibilità, invece, sono utilizzati, oltre che nei cinque casi sopra riferiti con riferimento anche all'irricevibilità, in ulteriori cinque previsioni: ossia, all'art. 18, con riferimento alle ipotesi di ricasazione; all'art. 40, riguardo alla formulazione dei motivi di ricorso in modo non specifico; all'art. 48, nel caso di inammissibilità dell'opposizione al ricorso al PdR; all'art. 95, quanto alla necessità che l'impugnazione sia notificata ad almeno una delle parti interessate a contraddire; all'art. 96, per l'ipotesi in cui l'impugnazione incidentale perde efficacia nel caso di inammissibilità dell'impugnazione principale. Per l'analisi che qui si intende condurre sembra utile rilevare come l'inammissibilità sia prevista in ipotesi assai eterogenee tra loro, comprendendo anche il caso di violazione di termini previsti per il compimento di atti endo-processuali. È quanto si ricava dal richiamato art. 18, il quale, dopo avere stabilito che *“la ricasazione si propone, almeno tre giorni prima dell'udienza designata, con domanda diretta al presidente, quando sono noti i magistrati che devono prendere parte all'udienza; in caso contrario, può proporsi oralmente all'udienza medesima prima della discussione”* (comma 2), afferma che *“il collegio investito della controversia può disporre la prosecuzione del giudizio, se ad un sommario esame ritiene l'istanza inammissibile o manifestamente infondata”* (comma 4) e che *“il giudice, con l'ordinanza con cui dichiara inammissibile o respinge l'istanza di ricasazione, provvede sulle spese”* (comma 7). La norma in parola, in sostanza, prevede quale conseguenza in casi di vizi nella proposizione dell'istanza, tra i quali deve ricomprendersi anche la tardività, che la stessa sia considerata inammissibile^[xi].

Le considerazioni che precedono consentono di ritenere che nell'attuale sistematica codicistica: (i) l'irricevibilità è unicamente ed espressamente riferita all'ipotesi di tardività della notifica o del deposito dell'atto introduttivo del giudizio; (ii) qualsiasi ulteriore vizio originario, tanto dell'atto introduttivo del giudizio, quanto di atti endo-processuali rileva quale ipotesi di inammissibilità, salve le ipotesi di improcedibilità; (iii) il rapporto di genere a specie che sussiste tra inammissibilità e irricevibilità non consente di applicare la seconda oltre i confini tipologici espressamente previsti dall'art. 35, comma 1, lett. a, c.p.a.

3. Irricevibilità e inammissibilità oltre il processo amministrativo.

Valicando i confini del processo amministrativo la distinzione tra irricevibilità e inammissibilità perde di assoluta consistenza, venendo utilizzato ora l'uno ora l'altro termine per ricomprendere tutte le ipotesi che, concretandosi in un vizio originario, impediscono di giungere alla decisione del merito.

Nel processo civile e in quello tributario si riscontra unicamente il riferimento alla inammissibilità, mancando qualsiasi rilievo alla irricevibilità.

Nel Codice di procedura civile, l'inammissibilità trova una disciplina discontinua^[xii] ed è richiamata con riferimento alle impugnazioni in generale (artt. 342, 448-bis, 348-ter, 350, 357), al ricorso per Cassazione (artt. 360-bis, 365, 366, 366-bis, 375, 380-bis, 391-bis), alla revocazione (art. 398), alla opposizione di terzo (art. 404), al ricorso in appello (artt. 434, 436-bis), ricomprendendo fattispecie molto eterogenee tra loro che attengono alla violazione dei requisiti di forma degli atti processuali previsti dalla legge, nonché a violazioni aventi natura più propriamente sostanziale, quali l'insussistenza originaria del potere impugnatorio, la maturazione di decadenze processuali e il contraddittorio difettoso.

Anche la disciplina del processo tributario non contiene alcun riferimento all'irricevibilità, riconducendo ogni profilo originario impeditivo della decisione di merito nell'alveo della inammissibilità. In particolare, il d.lgs. n. 546/1992 prevede la sanzione della inammissibilità del ricorso, tra l'altro, nell'ipotesi di violazione del principio di tassatività degli atti impugnabili (art. 19), di mancato rispetto delle formalità per la costituzione del ricorrente (art. 22), di proposizione dell'azione oltre i termini di decadenza previsti per la impugnazione dell'atto (art. 21), di difetto di difesa tecnica e di sottoscrizione (artt. 12 e 18).

Unicamente all'inammissibilità, inoltre, fa riferimento il d.p.r. n. 1199/1971 con riguardo al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: in particolare, l'art. 13, recante "*Parere su ricorso straordinario*", prevede, quale contenuto del parere, la "*dichiarazione di inammissibilità, se riconosce che il ricorso non poteva essere proposto*", così evidentemente ricomprendendo nell'alveo della inammissibilità qualsiasi causa ostativa alla decisione del merito, compresa la tardività della sua proposizione^[xiii].

Spostando l'attenzione all'ordinamento euro-unitario, invece, è possibile rilevare come la disciplina relativa ai procedimenti giurisdizionali avanti al Tribunale di primo grado^[xiv], alla Corte di Giustizia della Unione europea^[xv] e alla Corte europea dei diritti dell'uomo^[xvi] faccia unicamente riferimento all'irricevibilità quale generale categoria alla quale ricondurre qualsiasi ipotesi che non consenta al giudice l'esame del ricorso nel merito e che, quindi, determini un prematuro arresto del giudizio.

La rassegna che precede, seppur condotta con la brevità imposta dall'economia del presente lavoro, consente di lumeggiare la mancanza di una terminologia comunemente e trasversalmente diffusa nei diversi ambiti processuali e, di conseguenza, l'impossibilità di utilizzare i concetti di irricevibilità o inammissibilità oltre il circoscritto ambito nel quale li stessi sono previsti, assumendo, evidentemente, consistenza differente a seconda dello specifico ordinamento processuale nel quale vengono utilizzati.

4. Natura, presupposti e finalità dell'opposizione al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

Si ritiene ora necessario richiamare, seppur brevemente, i principali elementi caratterizzanti l'atto di opposizione e la successiva (eventuale) fase di trasposizione del ricorso nella sede giurisdizionale. L'argomento non può essere trattato senza collocare l'istituto nell'alveo del principio di alternatività, in ragione del quale la proposizione dell'azione in via giustiziale o giurisdizionale preclude la proposizione del rimedio alternativo. Il principio in parola si fonda su una pluralità di ragioni concorrenti: da un lato, evitare il rischio che sulla medesima questione vi siano due pronunce di organi distinti e, quindi, preservare l'esigenza di non incorrere nella violazione del principio del *ne bis in idem*[[xvii](#)]; dall'altro, garantire ragioni di economia processuale, che suggeriscono di evitare che sulla medesima vicenda contenziosa siano sollecitati più organi decisionali[[xviii](#)]. Tuttavia, la preclusione del rimedio giurisdizionale, derivante dall'applicazione del ridetto principio di alternatività, rischierebbe di violare il diritto di difesa, costituzionalmente garantito dall'art. 113 Cost., se ai soggetti nei confronti dei quali è stato proposto il ricorso straordinario (anziché quello giurisdizionale, per scelta del ricorrente) fosse preclusa la facoltà di optare per la via processuale, richiedendo, appunto, che il ricorso fosse trasposto avanti al TAR[[xix](#)]. Per tale ragione, la parte[[xx](#)] nei cui confronti è stato proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ha facoltà di notificare, nel termine di sessanta giorni, atto di opposizione, chiedendo la trasposizione del ricorso nella sede giurisdizionale. Il ricorrente che voglia insistere nel ricorso, quindi, è onerato di depositare nella segreteria del giudice amministrativo competente l'atto di costituzione in giudizio[[xxi](#)], dandone avviso mediante notificazione alle controparti. L'opposizione determina l'improcedibilità del ricorso straordinario, con la conseguenza che ogni questione, anche connessa all'atto di opposizione stesso, sarà oggetto di valutazione nella sede giurisdizionale. In sostanza, con la proposizione dell'opposizione si determina la sopravvenuta carenza di potere decisionale in capo tanto al Consiglio di Stato in sede consultiva, quanto al Presidente della Repubblica, con la conseguenza che il decreto del Capo dello Stato adottato nonostante la proposizione dell'opposizione è affetto da nullità per assoluta carenza di potere.

L'instaurazione del giudizio avanti al Tribunale amministrativo, a seguito della trasposizione di un ricorso straordinario, quindi si realizza attraverso un procedimento composito che consta di due atti tra loro - ontologicamente - distinti, ossia: l'atto di opposizione e il successivo, eventuale, atto di trasposizione. Questi due atti, benché entrambi volti al concorrente scopo di determinare lo "spostamento" del giudizio dalla sede amministrativa a quella giurisdizionale, hanno natura diversa. Se è pacifica la natura giudiziale dell'atto di trasposizione - come, peraltro, confermato dall'espressa disciplina contenuta nell'art. 48 c.p.a. - con la conseguente soggezione dello stesso alle regole processuali (ad esempio, quanto ai requisiti formali, all'assistenza tecnica e alla necessaria specialità della relativa procura, nonché alla applicabilità della sospensione feriale al termine per la sua proposizione), lo stesso non può dirsi con riferimento all'atto di opposizione. Questo, infatti, precedendo l'instaurazione del giudizio avanti al Giudice amministrativo, non si inserisce in alcuna sequenza di rito, non potendogli, dunque, riconoscere natura processuale. La natura amministrativa dell'atto in questione, peraltro, giustificherebbe l'inapplicabilità della sospensione feriale al termine previsto per la proposizione dell'opposizione[[xxii](#)] e la non necessità dell'assistenza obbligatoria di un avvocato[[xxiii](#)]. E non può assumere dirimente rilievo, a parere di chi scrive, la circostanza che l'atto di opposizione sia espressamente richiamato all'art. 48 c.p.a., né che il rimedio straordinario sia stato sottoposto a un processo

di giurisdizionalizzazione. Sembra infatti necessario evidenziare come, nonostante i richiami contenuti nel c.p.a. (il riferimento è non solo all'art. 48, ma anche all'art. 7, comma 8) e all'indubbio rafforzamento della natura giurisdizionale del rimedio, anche ad opera della l. 69/2009, che ha previsto la vincolatività del parere del Consiglio di Stato, il ricorso straordinario continua a trovare la sua disciplina agli artt. 8 ss. del d.p.r. 1191/1971, in disposizioni ancora in vigore non essendo state né integralmente riprodotte, né espressamente abrogate dal c.p.a., residuando profili non assorbiti. E ciò è significativamente vero proprio con riferimento alla disciplina dell'opposizione posta dall'art. 10 d.p.r. 1191/1971, mentre l'art. 48 c.p.a. disciplina la fase della trasposizione^[xxiv]. I due plessi normativi, adunque, offrono conferma di come le due fasi (opposizione e trasposizione) assurgano a due momenti cronologicamente e ontologicamente differenti, a cui corrisponde la diversità di natura giuridica.

Venendo alla questione che più direttamente rileva nell'ambito delle presenti riflessioni, l'art. 10, comma 2, d.p.r. n. 1191/1971 dispone che *“il collegio giudicante, qualora riconosca che il ricorso è inammissibile in sede giurisdizionale, ma può essere deciso in sede straordinaria dispone la remissione degli atti al Ministero competente per l'istruzione dell'affare”*. La portata di questa disposizione – che evidentemente sembra fare un generico riferimento a qualsiasi ipotesi di inammissibilità – deve essere circoscritta in ragione del tenore dell'art. 48, comma 3, c.p.a., secondo cui *“qualora l'opposizione sia inammissibile, il tribunale amministrativo regionale dispone la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria”*. Dal combinato disposto delle richiamate disposizioni deriva che l'effetto restitutorio e la prosecuzione del giudizio nelle sede straordinaria non si determina per vizi che riguardino l'atto di trasposizione o l'inammissibilità originaria del ricorso straordinario^[xxv], ma viene unicamente determinata dalla inammissibilità dell'atto di opposizione. In particolare, è stato precisato in giurisprudenza che la remissione in sede straordinaria si verifica laddove l'atto di opposizione manchi di un elemento essenziale, sia stato proposto da un soggetto non legittimato^[xxvi] ovvero sia stato tardivamente proposto^[xxvii].

5. Considerazioni conclusive

Le analisi sopra condotte inducono a ritenere la decisione che qui si annota non pienamente condivisibile, dal momento che, da un lato, trascura la natura e gli elementi caratterizzanti l'atto di opposizione e, dall'altro, estende il concetto di irricevibilità oltre i confini propri del processo amministrativo.

Come rilevato sopra, l'atto di opposizione non ha natura processuale, non inserendosi in alcuna sequenza di rito, come conferma anche la circostanza che esso trova la sua disciplina all'art. 10 d.p.r. 1191/1971, mentre all'art. 48 c.p.a. è rimessa unicamente la disciplina della diversa fase della trasposizione, avente pacifica natura processuale. Tale circostanza rende non condivisibile la soluzione adottata dal Consiglio di Stato, laddove ha ritenuto di ricondurre l'ipotesi di tardiva proposizione dell'atto di opposizione nell'alveo della irricevibilità, con la conseguenza che il ricorso straordinario non diverrebbe improcedibile, non potendo trovare applicazione il meccanismo di cui all'art. 48, comma 3, c.p.a. che, riferendosi espressamente alla inammissibilità dell'opposizione, esprimerebbe la *voluntas legis* di mantenere il vaglio circa le questioni di tardività in capo al Consiglio di Stato in sede consultiva. Invero, la irricevibilità, a cui non può essere riconosciuto alcun significato

trasversalmente applicabile nei diversi ordinamenti processuali, nel processo amministrativo ha un significato esclusivamente circoscritto all'ipotesi di tardiva notifica o deposito dell'atto introduttivo del giudizio, dovendo qualsiasi altra ipotesi originaria preclusiva all'esame del merito della vertenza essere ricondotta nell'alveo della inammissibilità. E ciò non può che valere con riferimento a un atto, come l'opposizione, che non solo non è qualificabile quale atto introduttivo del giudizio, ma ha natura procedimentale, non potendo allo stesso applicarsi regole e categorie espressamente elaborate per il diverso ambito processuale. A ben vedere, peraltro, la decisione che si commenta giunge finanche a dequotare la natura dell'atto di opposizione. Infatti, l'opposizione al ricorso straordinario è considerata quale rimedio necessario perché il sistema di tutela giustiziale risulti compatibile con l'art. 113 Cost., consentendo alla parte nei cui confronti è proposto il ricorso straordinario di manifestare la propria volontà a che la questione sia decisa dal TAR, con la conseguenza che la sua proposizione non potrebbe che determinarne l'automatica improcedibilità, spogliando – in modo automatico – il Consiglio di Stato, in sede consultiva, di ogni ulteriore potere decisionale. Tale automatica conseguenza, peraltro, non può riguardare unicamente il merito della questione controversa, ma deve estendersi a qualsiasi profilo, anche di rito, tra cui non può escludersi la tempestività o meno della stessa proposizione dell'atto di opposizione. Diversamente opinando, si giungerebbe al risultato di equiparare, sul piano degli effetti giuridici, la condizione dell'atto di opposizione nullo, perché carente dei requisiti essenziali affinché possa idoneamente manifestare la volontà della parte, a quello, pur valido, ma tardivamente proposto. Sembra doversi rilevare, sul punto, come nullità e tardività attengano a due fasi ontologicamente differenti da cui non possono che derivare effetti differenti, anche con riferimento alla questione che qui ci occupa. Infatti, mentre la nullità è conseguenza della carenza dei requisiti sostanziali dell'atto di opposizione, di guisa che non può darsi luogo alla valida manifestazione di volontà della parte e, dunque, non potrebbe determinarsi l'improcedibilità del procedimento straordinario; la tardiva proposizione non incide sulla presupposta valida manifestazione di volontà a che la questione sia trasposta in sede giurisdizionale, limitando i suoi effetti sul piano meramente procedimentale, ossia alla concreta possibilità che il giudizio possa proseguire avanti al TAR. Da qui può dedursi, sul piano sistematico, la conseguenza che la validità/nullità dell'atto di opposizione rientra nel sindacato del Consiglio di Stato in sede consultiva, spettando a questi la verifica circa la validità sostanziale dell'atto. Una volta che l'atto sia ritenuto valido - e dunque idoneamente espressivo della volontà di trasferire la questione in sede giurisdizionale - non può che conseguire l'automatico arresto del procedimento straordinario. Laddove il ricorrente provveda alla trasposizione del giudizio avanti il TAR, dunque, spetterà a quest'ultimo il sindacato su tutti gli ulteriori profili di rito, che riguardino anche il rispetto delle formalità e delle tempistiche previste in sede procedimentale, tra i quali, oltre che i pacifici rilievi relativi alla fase di proposizione del ricorso straordinario, devono essere compresi anche ogni profilo relativo alla valida proposizione dell'atto di opposizione.

[i] Cfr. F. Ancora, *Irricevibilità e inammissibilità nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022

[ii] A. Lugo, in *Inammissibilità e improcedibilità (Diritto processuale civile)*, in *Nss.*, Torino 1962, pp. 483.

[iii] Così, si v. R. Villata, *Inammissibilità e improcedibilità. III) Procedimento e processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, 1988.

[iv] In argomento, si v. O. Savini Nicci, *Le sanzioni a difesa del rito giurisdizionale dinanzi al Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, spec. 584 e P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, spec. 355, che riconducono alla irricevibilità unicamente le ipotesi di tardività nella proposizione dell'azione; diversamente, R. Alessi, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1971, 817 e G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, spec. 318, ritengono di ricondurre nell'alveo della irricevibilità fatti ostativi alla proposizione del ricorso, quali l'acquiescenza e la rinuncia.

[v] Il riferimento è a A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 1187.

[vi] Così R. Villata, *Inammissibilità e improcedibilità. III) Procedimento e processo amministrativo*, cit.

[vii] In questo senso, cfr. E. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Milano, 338, che ritiene sussistere una sostanziale equipollenza tra i termini di inammissibilità e irricevibilità.

[viii] In questo senso, si v. TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 25 maggio 2010, n. 213; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 12 giugno 2009, n. 3259; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 23 marzo 2009, n. 2972; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 13 marzo 2009, 1908. Una lettura critica di questa impostazione è offerta da A. Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, 127.

[ix] *Contra* F. Ancora, *Irricevibilità e inammissibilità nel processo amministrativo*, cit., il quale ritiene che la disposizione non chiarirebbe se il ricorso può essere dichiarato irricevibile anche per altre ipotesi e, dunque, non è idonea a stabilire una relazione biunivoca tra tardività e irricevibilità.

[x] G. Corso, *Commento all'Art. 35*, in (a cura di A. Quaranta, V. Lopilato) *Il processo amministrativo: commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, 348. Sulle sentenze di rito nel processo amministrativo, *ex multis*, si v. F. Francario, *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 52-85, nonché C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005.

[xi] In questi termini si esprime la giurisprudenza amministrativa, secondo cui “è manifestamente inammissibile perché tardiva l'istanza di ricusazione del Collegio giudicante se proposta non già nel termine perentorio di cui all'art. 18 comma 2, c.p.a., ma successivamente al suo decorso” (Cons. Stato, Sez. IV, 3 luglio 2015, n. 3320).

[xii] Tra la vasta dottrina in materia, per una sistematica della problematica, si ritiene utile il richiamo a F. Canelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, 336; V. Andrioli, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, spec. 823 ss.; M. Formini, *Orientamenti in tema di improponibilità, inammissibilità e improcedibilità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 1318; si v. A. C. Canova, *Inammissibilità e improcedibilità. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, 1988.

[xiii] Ad eccezione delle ipotesi che si sostanziano in irregolarità sanabili, per le quali è prevista l'assegnazione al ricorrente di un termine per la regolarizzazione, e, se questi non vi provvede, la dichiarazione di improcedibilità del ricorso.

[xiv] Il riferimento è al Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado, 2 maggio 1991, in GU 136 del 30 maggio 1991, che richiama la irricevibilità con riguardo ai vizi di forma del ricorso (art. 44), alla ipotesi in cui il gratuito patrocinio può essere negato (art. 94), al caso di decisione in forma di ordinanza (art. 111), alla rilevabilità d'ufficio delle questioni di irricevibilità di ordine pubblico (art. 113) ovvero alla forma con cui la parte può sollevare contestazione di irricevibilità (art. 114), nonché alla impugnazione (art. 145).

[xv] Nel dettaglio il Regolamento di procedura della Corte di giustizia, 25 settembre 2012, in GU 265 del 29 settembre 2012, richiama la irricevibilità in plurime disposizioni, tra cui quelle relative all'ordine di trattazione delle cause (art. 53), ai vizi di forma dell'atto (art. 122), alle modalità e ai tempi di rilievo della irricevibilità (artt. 150, 159-bis), al contenuto dell'atto di impugnazione e alle carenze formali (art. 168) e alle modalità di decisione della impugnazione (art. 181) e agli effetti della irricevibilità sulle impugnazioni incidentali (art. 183).

[xvi] Il Regolamento della CEDU del 1 gennaio 2020 richiama ripetutamente la irricevibilità, pur senza fornirne una puntuale definizione, con riferimento alle modalità di decisione di un ricorso irricevibile (artt. 49, 52, 53, 54), alle modalità e ai tempi di formulazione della contestazione (art. 55), alle conseguenze in caso di mancato riscontro alle richieste di informazioni o documenti formulati dalla Corte (pt. IV, indicazioni operative).

[xvii] Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 1 agosto 2014, n. 4099, ove viene rilevato che “la regola dell'alternatività del ricorso straordinario al Capo dello Stato rispetto al ricorso giurisdizionale risponde ad una ratio di tutela non già dei privati bensì della giurisdizione, avendo lo scopo di evitare il rischio di due decisioni contrastanti sulla medesima controversia (divieto del “ne bis in idem”) e trova applicazione, pertanto, quando si tratta della medesima domanda o dell'impugnazione dello stesso atto, ovvero vi è identità del bene della vita oggetto del rimedio giustiziale esperito”, evidenziando altresì che tale regola “è stata, peraltro, interpretata con elasticità dalla giurisprudenza, nel senso che deve trovare

applicazione, ad es., anche nel caso di due impugnative rivolte dal medesimo soggetto avverso punti diversi dello stesso atto (Consiglio di Stato, sez. II, 1/10/2013, n. 4489); oppure quando si tratta di atti distinti, ma legati tra loro da un nesso di presupposizione (Consiglio di Stato, sez. V, 3/09/2013, n. 4375); in sostanza, secondo la giurisprudenza, la regola dell'alternatività tra il ricorso straordinario al Capo dello Stato e quello giurisdizionale, sancita dall'art. 8 del d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, deve sempre ritenersi operante nei casi nei quali le due diverse impugnative siano sostanzialmente caratterizzate dall'identità del contendere e della relativa "ratio".

[xviii] Si v. L. Ragnisco, M. Rossano, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1954, 337.

[xix] Cfr. M. Immordino, *La tutela non giurisdizionale. Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in (a cura di F.G. Scoca) *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 631. Si v. anche Corte Cost. n. 78/1966, secondo cui "importa soltanto rilevare che il principio contestato, dando alla parte piena libertà di adire alla tutela giurisdizionale, e facendo dipendere dalla libera determinazione di lei la decadenza da quella tutela, non la rende né impossibile, né difficile, né fittizia: la legge anzi offre, in seno allo stesso ordinamento amministrativo, una protezione ai diritti soggettivi o agli interessi legittimi, che si aggiunge a quella giurisdizionale quando la parte ritiene di poterne fare a meno o da essa è decaduta. E in questo senso essa aumenta la possibilità di reazioni contro l'atto amministrativo illegittimo". Nella giurisprudenza più recente, si v. TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 14 gennaio 2022, n. 41; Cons. Stato, sSez. III, 7 gennaio 2020, n. 112, secondo cui "l'istituto dell'opposizione rappresenta, infatti, lo strumento di ciascuna parte per adire il giudice precostituito per legge, in quanto il ricorso straordinario, rimedio alternativo a quello giurisdizionale, presuppone una concorde volontà di tutte le parti all'utilizzo di tale rimedio".

[xx] L'atto di opposizione può essere proposto dal controinteressato, a cui espressamente si riferisce l'art. 10, comma 1, d.p.r. 1199/1971, dall'entepubblico, diverso dallo Stato, che ha emanato l'atto impugnato con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (cfr. corte cost., 29 luglio 1982, n. 148) e anche dalle Amministrazioni statali, giusta il tenore dell'art. 48 c.p.a. che si riferisce unicamente alla "parte", così facendo ritenere che nel suo alveo sia da ricomprendere qualsiasi soggetto, anche l'Amministrazione statale: così, in dottrina, cfr. secondo parte della dottrina (si v. P. Carpentieri, *Commento all'art. 48*, in (a cura di R. Garofoli, G. Ferrari) *Codice del processo amministrativo annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, Molfetta, 2012, 782) e in giurisprudenza Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464 e Cons. Stato, Ad. Plen. 6 maggio 2013, nn. 9 e 10. Parte della successiva giurisprudenza (cfr. TAR Firenze, Sez. I, 27 maggio 2019, n. 793) ha poi ampliato la nozione di parte, al punto da ricomprendervi anche i cointeressati (in particolare, è stato rilevato che "la nozione di parte, nei confronti della quale sia stato proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ricomprende i controinteressati, i cointeressati e la pubblica amministrazione che ha emanato l'atto impugnato, nozione quest'ultima che assicura il pieno rispetto del contraddittorio e la generalizzazione della facoltà di opposizione, testimoniata dall'uso di una formula che comprende anche lo Stato, oltre alle altre pubbliche amministrazioni, ai controinteressati e ai cointeressati. Pertanto, anche i cointeressati sono legittimati a proporre opposizione ai sensi dell' art. 10 d.P.R. n. 1199/1971, ovvero a chiedere la trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale"); contra, si v. Cons. Stato, Sez. II, 20 ottobre 2020, n. 6318; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 3 settembre 2020, n. 9332 e TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 3 giugno 2015, n. 1289.

[xxi] Sulla trasposizione, *ex multis*, si v. G. Pellegrino, *Commento all'art. 48*, in (a cura di A. Quaranta, V. Lopilato), *Il Processo amministrativo*, Milano 2011, 463.

[xxii] La questione è, tuttavia, dibattuta in giurisprudenza: secondo un primo orientamento, "in tema di ricorso straordinario al Capo dello Stato è applicabile il periodo di sospensione dei termini feriali alla fase di opposizione: in conseguenza dell'entrata in vigore del nuovo codice del Processo Amministrativo si è progressivamente attenuata la diversità tra natura amministrativa e giurisdizionale delle decisioni conclusive, rispettivamente dei ricorsi al Capo dello Stato e delle sentenze del g.a. e, anche laddove non si intenda valorizzare le analogie tra i due giudizi, va rilevato che il termine di 60 giorni per l'opposizione dei controinteressati all'ulteriore corso del rimedio straordinario e per il trasferimento in sede giurisdizionale della controversia (previsto dall'art. 10, d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199), ha natura processuale, in quanto concernente il giudizio davanti al g.a. e non viceversa il ricorso straordinario; pertanto, si applicano le norme sulla sospensione dei termini in periodo feriale" (TAR Veneto, Sez. II, 11 dicembre 2013, n. 1406); secondo opposta impostazione, invece, l'atto in parola non avrebbe natura processuale, non potendo, dunque, beneficiare della sospensione feriale (Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2010, n. 1186).

[xxiii] Così TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 557/2011.

[xxiv] Così G. Pellegrino, *Commento all'art. 48*, in (a cura di A. Quaranta, V. Lopilato), *Il Processo amministrativo*, Milano 2011, 463; contra, F. Saitta, *Il ricorso straordinario*, in (a cura di B. Sassani, R. Villata) *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2012, 1304).

[xxv] Si v. Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2009, n. 1194; id., Sez. VI, 7 febbraio 2014, n. 593. *Contra*, si v. l'isolata pronuncia resa da Cons. Stato, sez. VI, 9 ottobre 2012, n. 5248.

[xxvi] Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 20 ottobre 2020, n. 6318; TAR Toscana Sez. II n. 663/2013; TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 3 giugno 2015, n. 1289, secondo cui "è legittimato alla proposizione dell'opposizione al ricorso straordinario la sola "parte nei cui confronti sia stato proposto ricorso straordinario", non anche soggetti terzi, processualmente estranei al ricorso stesso. Pertanto, i cointeressati non possono chiedere che il ricorso sia trasposto in sede giurisdizionale".

[xxvii] Si v. tra le altre CGA 2 luglio 2019, n. 631.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2170 – 3 febbraio 2022

Il concordato in bianco fra genesi della disciplina del “decoctor” e codice dei contratti pubblici (nota a Ad. Plen. n. 9/2021)

di Tania Linardi

Sommario: 1. Premessa: il tradizionale rapporto antitetico tra l’istituto del concordato preventivo “in bianco” e la partecipazione alle gare pubbliche - 2. Il caso in esame - 3. Evoluzione storico – normativa del diritto concorsuale italiano - 3.1 Analisi comparatistica del problema - 4. Le cause di esclusione *ex art.* 80, co. 5, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 - 5. L’impatto del nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza sul diritto concorsuale e sul Codice dei contratti pubblici - 6. Il contrasto relativo all’interpretazione dell’art. 80, co. 5, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 - 7. L’Ordinanza di rimessione della V Sez. Cons. St., n. 309/2021 - 8. La posizione dell’Adunanza Plenaria sulla *quaestio iuris* oggetto del dibattito - 9. Osservazioni conclusive.

1. Premessa: il tradizionale rapporto antitetico tra l’istituto del concordato preventivo “in bianco” e la partecipazione alle gare pubbliche

Il convergere degli elementi connaturati alla struttura del concordato preventivo “in bianco” verso la possibilità della prosecuzione dell’attività aziendale comporta la necessità di intercettare le regole, processuali e sostanziali, in grado di disciplinare le modalità di partecipazione alle gare pubbliche, dovendosi ormai abbandonare la tratizia impostazione che inquadrava i due istituti in chiave eminentemente antitetica attraverso l’interpretazione restrittiva delle norme del Codice del processo amministrativo in tema di cause di esclusione¹¹.

Tali rilievi costituiscono il nodo centrale del problema affrontato dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria che assume una portata di indubbia rilevanza in quanto interviene sulla nota *querelle* sorta in relazione al rapporto tra concordato in bianco e procedure di gara^[2].

Invero, le difficoltà nel fornire soluzioni univoche alle questioni giuridiche in oggetto è possibile riscontrarle *prima facie* nell'attività del legislatore, che per decenni è intervenuto in materia riformulando le norme applicabili al rapporto tra i due istituti.

A fronte della complessità e della stratificazione nel tempo di detti interventi, in dottrina ed in giurisprudenza venivano, infatti, adottate soluzioni interpretative che talune volte qualificavano il concordato "in bianco" come causa di automatica esclusione delle imprese dalle procedure di evidenza pubblica; talaltre ne consentivano la partecipazione al ricorrere di specifici requisiti di legge.

Entrando *in medias res*, la statuizione dell'Adunanza Plenaria dirime il contrasto formatosi in materia ripercorrendo l'*iter* storico evolutivo della disciplina della crisi d'impresa e del codice dei contratti pubblici, prediligendo un metodo d'analisi sistematico delle relative disposizioni, anche alla luce dell'esperienza sovranazionale. Ciò, in particolare, tenuto conto del dibattito sviluppatosi fra i più autorevoli studiosi a margine della recente riforma del sistema concorsuale italiano, ove è emersa la necessità di predisporre un organico ammodernamento delle regole con l'introduzione di strumenti in grado di assicurare la conservazione dell'impresa.

Di talché, in linea con il percorso argomentativo adottato dal Supremo Collegio, il presente lavoro, prima di analizzare gli approdi cui è giunta la sentenza in commento, non potrà prescindere dalla disamina degli sviluppi storici della disciplina concordataria e dal coordinato raffronto di essa con il codice dei contratti pubblici, con particolare riguardo alle soluzioni adottate dai principali ordinamenti giuridici europei nel settore delle procedure concorsuali.

2. Il caso in esame

La vicenda da cui origina la pronuncia in commento attiene al ricorso presentato dalla società seconda classificata avverso l'aggiudicazione dell'appalto di lavori disposta in favore di un RTI, al cui interno la società mandante era coinvolta in una procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, co. 6, del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Legge fallimentare).

Al riguardo, il Tribunale Amministrativo Regionale competente disponeva l'accoglimento del ricorso principale^[3]. Diversamente, il ricorso incidentale proposto dalla società mandataria del RTI aggiudicatario veniva respinto, in quanto, ai sensi dell'art. 48, co. 19 *ter*, c.p.a., il primo giudice riteneva infondata la pretesa di procedere alla sostituzione della mandante, giacché, si precisava, la modifica della compagine del RTI non si sarebbe potuta esperire in pendenza della procedura di gara.

A suffragio dell'accoglimento del ricorso principale, il giudice di prime cure rilevava l'illegittimità dell'aggiudicazione per violazione dell'art. 80, co. 5, lett. b), nonché dell'art. 80, co. 5 *bis*, Codice dei contratti pubblici.

Quanto alla violazione dell'art. 80, comma 5, lett. b), si chiariva che la mandante del RTI aggiudicatario, avendo proposto nelle more della procedura di gara una domanda di concordato in bianco, ai sensi dell'art. 161, co. 6, legge fallimentare, doveva essere esclusa.

Invece, la violazione dell'art. 80, co. 5 *bis*, c.p.a. scaturiva dal ritardo in cui era incorsa l'impresa mandataria nel comunicare alla stazione appaltante la presentazione, da parte della mandante del raggruppamento, di un'istanza ai sensi dell'art. 161, co. 6, l. fall.

Orbene, avverso la suesposta decisione interponevano appello dapprima la società mandante e, successivamente, quella mandataria del RTI aggiudicatario.

A seguito della riunione di detti gravami, la Sezione Quinta del Consiglio di Stato evidenziava la presenza di orientamenti contrastanti in materia e, per l'effetto, deferiva all'Adunanza Plenaria talune questioni giuridiche rilevanti al fine del decidere, ai sensi dell'art. 99 c.p.a.

In particolare, il primo quesito attiene alle conseguenze derivanti dalla presentazione, da parte di un operatore economico, di un'istanza di concordato in bianco ex art. 161, co. 6, l. fall., dovendosi chiarire se tale ipotesi *“debba ritenersi causa di automatica esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell'ipotesi in cui essa contenga una domanda prenotativa per la continuità aziendale”*.

Il secondo quesito riguarda, invece, la qualificazione dell'atto di partecipazione alle gare pubbliche in termini di ordinaria o straordinaria attività di impresa, tenuto conto del differente regime autorizzativo applicabile.

Ulteriormente, la Sezione remittente si chiede entro quale termine debba intervenire l'autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale ai fini della regolare partecipazione alle procedure di evidenza pubblica.

Infine, è stata deferita la questione se, ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18, 19 *ter*, d.lgs. n. 50/2016, debba ritenersi consentita la sostituzione della mandante coinvolta in una procedura concordataria ex art. 161, co. 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 RTI dalla gara possa essere evitata unicamente qualora la mandataria e le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione”*.

3. Evoluzione storico - normativa del diritto concorsuale italiano

Come noto, il concordato preventivo è uno strumento che consente di evitare il fallimento dell'impresa, essendo finalizzato a perseguire una pluralità di interessi, tra i quali si annoverano, come evidenziato da autorevoli autori, la conservazione del valore economico dei complessi aziendali, la salvaguardia dei rapporti commerciali e, di riflesso, la tutela dell'interesse pubblico^[4].

Diversamente, l'originaria struttura della legge fallimentare del 1942 aveva quale principale paradigma il *fallimento*^[5] che, secondo una storica impostazione, era accostato alla figura

del *decoctor*, soggetto che fuggiva con i propri beni al fine di sottrarsi al pagamento dei debiti assunti nell'ambito dell'attività di commercio esercitata^[6]. Il riferimento appare esemplificativo del disvalore, anche personale, che caratterizzava l'imprenditore fallito che aveva causato il dissesto dell'impresa, analogamente alla struttura eminentemente liquidatoria e punitiva della legislazione previgente nei confronti di tali situazioni^[7].

Nel corso degli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso, invece, essendo stata accertata l'inidoneità dei tradizionali strumenti normativi a fronteggiare la generale crisi dell'economia, emergeva il ruolo delle grandi imprese nel tessuto economico nazionale, considerate quale valore autonomo da tutelare in sé mediante procedure di risanamento o recupero^[8]. Sul piano normativo, quindi, seguiva l'adozione di leggi in favore degli operatori economici insolventi^[9], nonché la previsione di talune modifiche alla disciplina delle procedure concorsuali^[10].

Sulla base delle spinte del processo di integrazione europea e dell'emersione dei valori liberistici del mercato e della concorrenza, a partire dagli anni Novanta si rafforzavano ulteriormente gli obiettivi della valorizzazione della figura dell'impresa, quale naturale centro di produzione di risorse e ricchezza nell'ottica del miglioramento della efficienza del mercato^[11].

In tal contesto, una delle principali tappe dell'evoluzione normativa delle procedure concorsuali si rinviene nelle riforme degli anni 2005-2007, con le quali il legislatore ha favorito le tecniche di conservazione delle strutture produttive dell'impresa e del loro reinserimento, ove possibile, nel settore economico^[12]. In particolare, occorre richiamare il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con la l. 14 maggio 2005, n. 80^[13], che ha modificato alcuni aspetti del concordato preventivo abbandonando la previgente impostazione che imponeva, ai fini dell'ammissione alla procedura, la verifica del possesso di requisiti di natura personale nonché patrimoniale^[14].

Con la l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha introdotto l'istituto del concordato con continuità aziendale, di cui all'art. 186-*bis* l. fall^[15], diviene ancora più evidente il *favor legislatoris* nei confronti delle procedure finalizzate al recupero dei valori aziendali^[16].

Tale intervento normativo ha, inoltre, disciplinato l'istituto del c.d. concordato in bianco o con riserva *ex* art. 161, co. 6, l. fall., permettendo al debitore di procrastinare la presentazione della proposta concordataria di sessanta o centoventi giorni e, al tempo stesso, consentendo il compimento degli atti di ordinaria amministrazione nonché, su autorizzazione del tribunale competente, anche quelli di natura straordinaria.

Più di recente, l'istituto *de quo* ha subito modifiche per effetto della introduzione di diversi correttivi ad opera della l. 9 agosto 2013, n. 98^[17], tra i quali si annovera, per le finalità di contrasto al fenomeno di abuso del concordato in bianco, il decreto motivato del tribunale contenente la nomina di un commissario giudiziale che, ai sensi dell'art. 161, co. 6, ultima parte, l. fall., è provvisto di ampi poteri in tema di accertamento della sussistenza delle condotte di cui all'art. 173, l. fall.

Quanto alle modifiche apportate al concordato con continuità aziendale, l'art. 186 – *bis*, co. 4, l. fall., ai fini della partecipazione alle procedure di evidenza pubblica richiede una specifica autorizzazione del tribunale competente, acquisito il parere del commissario giudiziale, ove nominato^[18].

3.1. Analisi comparatistica del problema

In ambito europeo, è stato adottato come principale modello di riferimento lo strumento statunitense della *corporate reorganization*, introdotto verso la fine degli anni Settanta e disciplinato dal *Chapter 11* del *Federal Bankruptcy Code*. Ai sensi di tale disposizione, tra gli altri, si è prevista la facoltà del debitore di attivare una procedura finalizzata alla riorganizzazione dell'impresa, anche nella fase antecedente all'insolvenza *tout court*, evidenziandosi quindi il *favor* verso la conservazione dei valori aziendali, soprattutto alla luce dell'interesse dei creditori^[20]. In tal contesto, è stata inoltre introdotta la possibilità di ottenere taluni finanziamenti con il beneficio della prededuzione^[20].

Il sistema normativo francese, sulla scorta degli obiettivi sanciti dal modello statunitense, ha subito importanti modifiche^[21], superando la previgente concezione punitiva del fallimento (incentrata sul prevalente ricorso alla liquidazione del patrimonio del debitore) per aderire ad un approccio teso a valorizzare l'impresa e la sua conservazione nel tessuto economico. Il tutto, mediante la predisposizione di procedure di allerta e di prevenzione dell'insolvenza; nonché attraverso meccanismi in grado di conferire all'autorità giudiziaria un rilevante potere dirigitico (ad esempio, la procedura concorsuale denominata *sauvagarde*, paragonabile alla *reorganization* statunitense)^[22].

Anche in Germania, nel corso degli anni Novanta del secolo scorso, si è innovata la disciplina della crisi d'impresa prediligendosi una concezione conservativa degli operatori economici^[23] attraverso l'enucleazione di benefici per l'imprenditore in modo da incentivare una celere e tempestiva apertura della procedura concorsuale^[24].

Nell'ambito dell'evoluzione del diritto europeo, assume, inoltre, un ruolo centrale la raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014 contenente l'invito rivolto agli Stati membri ad approntare efficaci procedure preventive idonee in concreto a scongiurare l'insolvenza degli operatori economici virtuosi. Così, è stato adottato il c.d. Piano d'azione UE del 30 settembre 2015, nonché la Direttiva n. 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, quale primo strumento di armonizzazione delle legislazioni dei paesi membri dell'UE in relazione alla crisi d'impresa^[25].

Elementi che, come più volte anticipato, assumono un ruolo decisivo ai fini della individuazione della *ratio* sottesa all'istituto del concordato preventivo "in bianco", nonché della perimetrazione dei suoi effetti sulle procedure di gara.

4. Le cause di esclusione di cui all'art. 80, co. 5, lett. b), Codice dei Contratti pubblici

Secondo la disciplina previgente, l'ipotesi della presentazione di una domanda di concordato preventivo era disciplinata dall'art. 38, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 163 del 2006, disposizione che è stata oggetto di dubbi interpretativi sorti sia in dottrina^[26] sia in giurisprudenza, tanto da richiedere numerosi interventi del legislatore^[27].

Attualmente, invece, la fattispecie in esame è disciplinata dall'art. 80, co. 5, lett. b)^[28], D. Lgs. n. 50/2016, che recepisce quanto sancito dall'art. 57 della direttiva 2014/24/UE in tema di

riconoscimento, in capo agli Stati membri, della facoltà di qualificare come causa di esclusione dalla gara pubblica le imprese coinvolte nelle procedure concorsuali^[29].

Orbene, la norma in commento contiene un elenco di situazioni che comportano l'esclusione dalle procedure di evidenza pubblica dell'operatore economico: il fallimento, la liquidazione coatta ed il concordato preventivo, anche laddove sia in corso un procedimento finalizzato a dichiarare una di tali situazioni. Il tutto, però, fermo restando quanto sancito dagli artt. 110 del Codice dei contratti pubblici, nonché dall'art. 186 - *bis* del r.d. 16 marzo 1942, n. 267^[30].

Viene, inoltre, in rilievo l'art. 110, co. 4^[31], Codice contratti pubblici, così come modificato dall'art. 2, co. 1, del d.l. n. 32 del 2019, convertito nella l. n. 55 del 2019, che prevede l'applicazione dell'art. 186-*bis*l. fall. alle imprese che hanno presentato una domanda di concordato preventivo, anche "in bianco"^[32]. Da ciò può, quindi, desumersi che anche in tali ipotesi gli operatori concorrenti possono partecipare alle procedure di evidenza pubblica, sempreché in possesso della prescritta autorizzazione giudiziale. In tema, il legislatore distingue l'ipotesi in cui un'impresa abbia presentato una mera domanda per l'ammissione alla procedura concordataria dalla differente ipotesi in cui essa ne abbia effettivamente ottenuto l'ammissione, ai sensi dell'art. 163 l. fall.: solo nel primo caso, infatti, viene prescritto il requisito necessario dell'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto.

Nel solco dei predetti interventi normativi, si profila interessante notare che l'art. 110 Cod. contratti pubblici non ha riprodotto il contenuto del previgente comma 3 ove si precisava che: (...) *l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC, possono: a) partecipare a procedure di affidamento per di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto (...)*. Le ragioni di tale scelta legislativa potrebbero rinvenirsi, come evidenziato da autorevoli autori, proprio nella difficoltà degli interpreti di coordinare armonicamente la disciplina di cui all'art. 110, co. 3, cit., rispetto al contenuto dell'art. 80, co. 5, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 186 - *bis*l. fall. Questi ultimi, infatti, nel caso della intervenuta ammissione al regime della continuità aziendale non prevedono analoghi oneri autorizzativi^[33].

5. L'impatto del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sulla disciplina del diritto concorsuale e sul Codice dei contratti pubblici

Preliminarmente, occorre rilevare che il nuovo impianto procedimentale di accertamento della crisi e dell'insolvenza delle imprese ha assunto un vero e proprio carattere unitario, divenendo la sede nella quale far confluire le domande od istanze riferibili all'attivazione di strumenti regolatori (aventi natura conservativa ovvero liquidatoria)^[34].

Nel particolare, tra di essi il Codice annovera l'istituto del concordato con continuità aziendale di cui all'art. 84, co. 2, distinguendo l'ipotesi diretta da quella indiretta: nel primo caso, è prevista la continuazione dell'attività da parte del medesimo imprenditore istante; nel secondo caso, invece, essa si verifica mediante la cessione dell'azienda ovvero la continuazione ad opera di un soggetto differente dall'originario imprenditore^[35].

Il concordato c.d. "in bianco" (previsto all'art. 161, co. 6, l. fall.), invece, è destinato a confluire nell'art. 44, Codice della crisi d'impresa, assurgendo, come sostenuto da taluni

autori, a vera e propria regola del sistema concordatario^[36]. La riferita disposizione, in particolare, interviene dimezzando i termini concessi al debitore per la presentazione dei documenti^[37], nell'ottica evidentemente di imprimere maggiore celerità alla definizione della procedura.

Nel delineato contesto, assume un ruolo centrale l'art. 372 del nuovo Codice, che modifica alcune norme del Codice dei contratti pubblici, in particolare gli artt. 48, 80, co. 5, lett. b), nonché l'art. 110^[38].

A livello testuale, è anzitutto possibile notare che viene abbandonato il previgente riferimento al termine “*fallimento*” quale ipotesi di esclusione dalle gare sia nell'art. 80, co. 5, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, sia nell'art. 110, ai sensi di quanto previsto rispettivamente dall'art. 372, co. 1, lett. b) e c) cit. Quindi, le cause di esclusione debbono individuarsi nelle ipotesi di liquidazione giudiziale, di liquidazione coatta, concordato preventivo, salvo quanto sancito dall'art. 95 Codice della crisi d'impresa e dall'art. 110 Codice dei contratti pubblici.

Inoltre, l'art. 372, co. 4,^[39] Codice della crisi d'impresa, dispone l'applicazione dell'art. 95 alle imprese che hanno presentato una domanda per l'accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, ai sensi dell'art. 40, secondo il procedimento unitario previsto nella Sezione II, Capo IV.

Con particolare riferimento alla sentenza in commento, viene in rilievo l'art. 95, rubricato “*disposizioni speciali per i contratti con le pubbliche amministrazioni*”, il quale si profila rilevante per quanto precisato al comma 3, nella parte in cui richiede la sussistenza del requisito dell'autorizzazione del tribunale competente ai fini della partecipazione alle procedure di gara pubbliche per le imprese che abbiano presentato domanda ex art. 40. Quale ulteriore rafforzamento del controllo sulla idoneità dell'impresa alla partecipazione alle suddette procedure di gara, il successivo comma 4 prescrive il deposito di una relazione di un professionista che comprovi *la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto*.

Infine, l'art. 95 cpv. riconosce, in capo all'operatore economico coinvolto in una procedura concordataria che non assuma la qualità di mandataria, la facoltà di partecipare alla gara anche mediante un RTI, purché nella compagine di riferimento non vi siano ulteriori operatori coinvolti in tali situazioni.

6. Il contrasto relativo all'interpretazione dell'art. 80, co. 5, lett. b., d.lgs. n. 50/2016

Come anticipato nei precedenti paragrafi, le continue modifiche apportate dal legislatore all'art. 80, co. 5, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, non hanno agevolato l'attività di interpretazione della relativa disciplina, specie per ciò che attiene alle conseguenze della proposizione di una domanda di concordato “in bianco” nell'ambito di una procedura di gara.

Secondo la tesi restrittiva, l'art. 80, co. 5, lett. b), dovrebbe essere interpretato nel senso di prevedere l'automatica esclusione dalla gara delle imprese che abbiano presentato una domanda di concordato in bianco.

Gli interpreti giungono a tale conclusione evidenziando, in particolare, la natura di atto di straordinaria amministrazione della fattispecie *de qua*, circostanza che impone di accertare la sussistenza del requisito della “urgenza” ai fini dell’ottenimento dell’autorizzazione da parte del Tribunale competente, ai sensi dell’art. 161, co. 7, l. fall.^[40] In tal senso, si suole enfatizzare la contrapposizione tra l’istituto del concordato in bianco e quello del concordato in continuità aziendale. Si sostiene che il primo, oltre a richiedere molto tempo per la relativa definizione, risulterebbe caratterizzato da una procedura “incerta”, potendo sfociare non solo nel concordato con continuità aziendale, ma anche nel concordato liquidatorio^[41].

Proprio per tali ragioni, si ritiene che la proposizione di una domanda di cui all’art. 161, co. 6, l. fall., debba comportare la perdita dei requisiti di ordine generale, ai sensi dell’art. 80, co. 5, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 (nella versione anteriore alle modifiche introdotte dall’art. 1, co. 20, lett. o), n. 3) d.l. n. 32 del 2019), stante il riferimento espresso al concordato con continuità aziendale quale unica eccezione alla regola generale dell’esclusione^[42].

Anche a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 32 del 2019 all’art. 110, co. 4, Codice dei contratti pubblici^[43], talune pronunce, al fine di aderire alla tesi restrittiva, valorizzano soprattutto la seconda parte della disposizione in commento, ove si richiede espressamente l’avalimento dei requisiti di altro soggetto ai fini della partecipazione alle gare nella fase anteriore all’ammissione al concordato ex art. 163 l. fall. (anche se proposto ai sensi dell’art. 161, co. 6, l. fall.)^[44].

Ciò posto, una differente impostazione ermeneutica^[45] propugna una lettura in termini “estensivi” dell’art. 80, co. 5, lett. b), del codice dei contratti pubblici, ritenendo applicabile anche alle ipotesi di concordato in bianco il regime derogatorio previsto per il concordato con continuità aziendale^[46]. Alla luce della *ratio* che contraddistingue i due istituti, si prevede, anche per il concordato in bianco, l’applicazione del principio che consente alle imprese di partecipare alle gare nelle more tra la presentazione della domanda di concordato con continuità aziendale e la successiva ammissione^[47]. A detta dell’orientamento in analisi^[48], le medesime conclusioni si ricavano anche dalla formulazione dell’art. 110, co. 4, Codice dei contratti pubblici (come modificato dal d.l. n. 32 del 2019), ove è previsto espressamente che la disciplina di cui all’art. 186-bis l. fall. deve applicarsi anche alle fattispecie di concordato, di cui all’art. 161, co. 6, l. fall.

Quanto alla natura giuridica dell’attività di partecipazione delle imprese alle procedure di gara, si chiarisce che essa dovrebbe essere ricondotta nella categoria degli atti di ordinaria amministrazione, essendo parte integrante della normale gestione d’impresa in quanto potenzialmente idonea a migliorarne la situazione patrimoniale tramite l’aggiudicazione delle commesse pubbliche^[49]. Conseguentemente, ai sensi dell’art. 161, co. 7, l. fall., il debitore, a seguito della presentazione della relativa istanza e prima della decisione del tribunale ex art. 163, l. fall., può compiere gli atti di ordinaria amministrazione, occorrendo per quelli aventi natura straordinaria la sussistenza di due requisiti: il carattere urgente degli stessi e l’intervento di una specifica autorizzazione del tribunale competente.

Ulteriore questione problematica affrontata dagli interpreti *in subiecta materia* attiene alla natura ed agli effetti promananti dalla autorizzazione giudiziale *de qua*. Sul punto, sono state adottate soluzioni contrastanti: taluni ritengono che essa costituirebbe una condizione integrativa dell’efficacia dell’aggiudicazione, potendo quindi intervenire anche in un momento successivo senza pregiudicarne la regolarità; talaltri evidenziano che, a maggior

rigore, l'autorizzazione giudiziale *ex art. 186 – bis*, co. 4, l. fall., dovrebbe intervenire prima dell'aggiudicazione stessa^[50].

7. L'Ordinanza di rimessione della V Sez. Cons. St., n. 309/2021

La Sezione remittente, a seguito della prioritaria disamina delle correnti interpretative che si sono contrapposte nel panorama giurisprudenziale, ha lasciato intendere di preferire le conclusioni cui giungono i sostenitori della tesi estensiva, ritenendo che la presentazione di una domanda di concordato in bianco, ai sensi dell'art. 161, co. 6, l. fall., non dovrebbe qualificarsi come un'ipotesi di automatica causa di esclusione dalle gare.

Le argomentazioni poste alla base di tale posizione si fondano, in particolare, sulla valorizzazione della *ratio* sottesa agli istituti del concordato con continuità aziendale e del concordato “in bianco”, essendo preordinata a consentire alle imprese in crisi di partecipare alle gare pubbliche, in deroga al divieto previsto dall'art. 80, co. 5, lett. b), Codice dei contratti pubblici. Per tal ragione, l'autorizzazione giudiziale *ex art. 186 – bis*, co. 4, l. fall., naturalmente prevista per il concordato con continuità aziendale (nella versione applicabile *ratione temporis* anteriore alle modifiche di cui al d.l. n. 52/2019) si ritiene applicabile anche alle domande di concordato in bianco, essendo parte della più ampia categoria del concordato *tout court*.

In virtù della natura di atto di accertamento dell'autorizzazione *de qua*, è stato, inoltre, precisato che i relativi effetti debbano retroagire “*al momento in cui la valutazione si riferisce, e non già a quella in cui essa è stata formalizzata nell'atto autorizzativo*”.

8. La posizione dell'Adunanza Plenaria sulla *quaestio iuris* oggetto del dibattito

Il primo quesito affrontato dal Supremo Collegio concerne la qualificazione della domanda di concordato “in bianco” *ex art. 161*, co. 6, l. fall., in termini di causa di automatica esclusione o meno, dovendosi chiarire, nel dettaglio, la portata applicativa dell'art. 80, co. 5, lett. b), d.lgs. n. 50/2016^[51].

Sul punto, si richiama in chiave critica la storica impostazione assunta dalla normativa sui contratti pubblici, in quanto tesa a valorizzare in modo prevalente l'esigenza della stazione appaltante di operare con imprese che non risultino coinvolte nelle procedure concorsuali, il tutto all'interno di un sistema normativo ispirato ai principi della esclusione obbligatoria ed automatica^[52]. La critica muove dal fatto che, sul piano del diritto europeo, le direttive in tema di appalti annoverano le procedure concorsuali tra le possibili cause di esclusione ma non prescrivono l'adozione di un criterio di automatica esclusione, riconoscendo, invece, la facoltà degli Stati membri di disciplinare, in modo più o meno rigoroso, la fattispecie^[53].

Quanto all'interpretazione delle norme del Codice dei contratti pubblici rilevanti nella vicenda *de qua* (nella versione applicabile *ratione temporis*), la sentenza in commento richiama la tesi restrittiva, a tenore della quale si enfatizza l'art. 80, co. 5, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 (precedente alle modifiche apportate dal d.l. n. 32 del 2019), nella parte in cui prevede

L'operatività della causa di esclusione non solo nei confronti delle imprese in stato di fallimento, di liquidazione coatta o di concordato preventivo, ma anche rispetto agli operatori "nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni". Da tale ragionamento dovrebbe, quindi, conseguire che l'unica espressa eccezione a tale regime debba individuarsi solo nei confronti degli operatori già ammessi al concordato con continuità aziendale, anche ai sensi di quanto sancito dal previgente art. 110, co. 3.

Tuttavia, i Giudici amministrativi sostengono che tali rilievi ermeneutici mal si conciliano con la disciplina concordataria, in quanto una così ampia preclusione alla partecipazione alle gare^[54] comporterebbe un'indebita limitazione dell'ambito di operatività dell'art. 186 bis, co. 4, l. fall. Quest'ultima disposizione, infatti, consente espressamente la partecipazione alle gare anche nell'intervallo di tempo che intercorre tra il deposito della domanda ed il decreto di apertura della procedura, in presenza dell'autorizzazione giudiziale, acquisito il parere del commissario, se nominato^[55].

Ciò posto, la sentenza in commento valorizza, invece, la portata applicativa della recente normativa del Codice dei contratti, soprattutto alla luce delle modifiche intervenute in occasione dell'adozione del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

In primo luogo, dall'analisi testuale degli artt. 80, co. 5, lett. b) e 110, co. 4, modificati dal d.l. n. 32/2019, si evince *expressis verbis* che anche le ipotesi del concordato in bianco debbono essere disciplinate dall'art. 186 *bis* l. fall.

Inoltre, particolarmente rilevante si profila la posizione assunta dalla Suprema Corte di Cassazione *in subiecta materia*, laddove precisa che l'istituto del concordato preventivo in bianco non rappresenta una procedura autonoma rispetto alla fattispecie del concordato ordinario ex art. 161 l. fall., dovendosi invece qualificare alla stregua di una delle fasi interne del medesimo^[56].

Poste tali premesse, la sentenza in commento fornisce risposta al primo quesito, precisando che la proposizione di una domanda di concordato in "in bianco", ai sensi dell'art. 161, co. 6, l. fall., non configura una causa di automatica esclusione dalle procedure di gara e, per l'effetto, essa non appare idonea, in via generale ed astratta, a precluderne la partecipazione.

A suffragio di tale impostazione, si richiama la *ratio* dell'istituto del concordato "in bianco", da individuarsi nella esigenza (predicata, come anticipato, anche a livello transnazionale) di fornire all'impresa una maggiore tutela mediante l'anticipazione degli effetti "conservativi", specie ove il debitore decida poi di accedere al concordato con continuità aziendale. Circostanza rinvenibile anche nella relazione ministeriale all'art. 372, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ove si enfatizza la stretta correlazione esistente tra l'istituto del concordato con riserva e le attività in grado di rafforzare gli obiettivi di prosecuzione della vita aziendale, tra le quali si annovera la partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di commesse pubbliche^[57].

Inoltre, il Supremo Collegio precisa che la riferita impostazione ermeneutica discende, in particolare, dall'art. 110, co. 4, d.lgs. n. 50/2016 e dall'art. 186 bis, co. 4, l. fall., il quale impone alle imprese che hanno presentato domanda ex art. 161 l. fall. di dotarsi di una specifica autorizzazione giudiziale ai fini della partecipazione alle gare. I Giudici aggiungono, al riguardo, che l'impresa deve richiedere detto provvedimento *senza indugio*, nel rispetto dei

principi della buona fede oggettiva. Del pari, anche la circostanza relativa alla presentazione dell'istanza *ex art.* 161, co. 6, l. fall., deve essere prontamente comunicata alla Stazione appaltante che, in caso di condotte reticenti, è tenuta ad effettuare una valutazione delle relative conseguenze ai sensi dell'art. 80, co. 5. lett. c - *bis*, non già della lett. f - *bis*^[58].

Ciò chiarito, la seconda questione sottoposta all'attenzione dell'Adunanza Plenaria riguarda, invece, la qualificazione della partecipazione di un'impresa alle procedure di gara per l'aggiudicazione degli appalti pubblici in termini di ordinaria ovvero di straordinaria attività.

Si precisa che l'interrogativo non necessiterebbe di ulteriori chiarimenti, tenuto conto del fatto che è in ogni caso richiesto l'intervento dell'autorizzazione giudiziale, di cui all'art. 186-*bis*, co. 4, l. fall., ciò anche a prescindere dal carattere ordinario o straordinario attribuibile all'attività in questione.

Peraltro, ai fini di un corretto inquadramento della fattispecie nell'una o nell'altra categoria, i Giudici amministrativi sostengono che occorre valutare gli elementi del caso concreto, non essendo possibile pervenire, in termini astratti, ad una definizione aprioristica.

Il terzo quesito di diritto concerne, invece, l'individuazione del termine entro il quale deve intervenire l'autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale ai fini della legittima partecipazione alla procedura di evidenza pubblica.

Il Collegio sostiene che non occorre fare riferimento all'autorizzazione *ex art.* 163, l. fall., per la quale la prassi richiede tempi incompatibili con l'esigenza di celerità nella definizione delle procedure di gara; dovendosi, al contrario, tenere in considerazione l'autorizzazione alla partecipazione alle gare di cui all'art. 186 *bis*, co. 4, l. fall. Conclusione, quest'ultima, che si ricava direttamente dalla riferita disposizione, tenuto conto che il legislatore qualifica il provvedimento giudiziale *de quo* come una condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione delle imprese alle gare, dovendo intervenire prima dell'adozione da parte della P.A. dell'atto di aggiudicazione, quale momento conclusivo della fase dell'evidenza pubblica^[59].

Si evidenzia, inoltre, che la tardiva autorizzazione rappresenta una circostanza valutabile discrezionalmente dalla Stazione appaltante in base alle peculiarità del caso di specie (in termini di efficacia integrativa) sempreché essa intervenga prima della stipula del contratto oggetto dell'affidamento pubblico. Nel caso di specie, quindi, si devolve alla Sezione remittente la valutazione delle conseguenze derivanti dal ritardo nell'acquisizione dell'autorizzazione da parte dell'impresa concorrente.

In via generale, i Giudici amministrativi sanciscono, poi, che nell'ipotesi in cui il tribunale non dovesse ammettere l'impresa istante alla procedura concordataria debbono applicarsi le norme relative ai casi di sopravvenienza del fallimento, ai sensi degli artt. 110 e 48 del Codice dei contratti pubblici.

Infine, viene in rilievo il quesito relativo all'interpretazione dell'art. 48, commi 17, 18 e 19 *ter d.lgs.* n. 50 del 2016, dovendosi chiarire se debbano essere interpretati nel senso di consentire la sostituzione, nel corso di una gara, di un'impresa mandante coinvolta nella procedura *ex art.* 161, co. 6, l. fall., con altro operatore estraneo alla procedura competitiva ovvero se, diversamente, occorra procedersi alla estromissione della mandante stessa^[60].

Sul punto, il Collegio richiama l'art. 48, co. 19 ter, che estende l'operatività anche alla fase della gara delle modifiche soggettive di cui ai commi 17 e 18, che, invece, consentivano di derogare al principio della immodificabilità della composizione soggettiva di un RTI solo nella fase dell'esecuzione.

Al fine di individuare la portata applicativa di tale deroga, si è richiamata l'interpretazione "funzionale" offerta dalla stessa Adunanza Plenaria (anteriormente all'entrata in vigore del presente codice) in relazione al principio della immodificabilità della composizione soggettiva, consentendosi alle imprese di operare modifiche soggettive solo in riduzione, non anche mediante l'aggiunta di operatori esterni al raggruppamento.

I Giudici procedono poi a rilevare come, nel diritto dell'Unione europea, la stessa attività di "sostituzione" ovvero di aggiunta di nuovi operatori nell'ambito dei raggruppamenti rappresentano delle ipotesi ritenute in grado di ledere i principi di parità di trattamento e di trasparenza, essendo quindi previste solo in fase di esecuzione del contratto e con riferimento a "modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni ed acquisizioni oppure insolvenza"¹⁶¹.

Sulla base di tali rilievi, l'Adunanza Plenaria ha quindi concluso nel senso di ritenere che l'art. 48, specie il comma 19 ter, d.lgs. n. 50 del 2016, debba essere interpretato in modo conforme ai principi dell'Unione europea di parità di trattamento e di concorrenza, dovendosi escludere "la sostituzione esterna per la figura della mandante, come anche logicamente per quella della mandataria". Di contro, potrebbero ammettersi esclusivamente le modifiche soggettive del RTI "c.d. per sottrazione ovvero per riduzione".

9. Osservazioni conclusive

Come evidenziato nel corso dei precedenti paragrafi, l'Adunanza Plenaria è intervenuta a dirimere definitivamente il contrasto sorto in relazione agli effetti derivanti dalla presentazione di una domanda di concordato preventivo "in bianco", ai sensi dell'art. 161, co. 6, l. fall., nell'ambito di una procedura di gara¹⁶².

L'opzione ermeneutica propugnata dal Collegio si inserisce in un momento cruciale del diritto fallimentare, collocandosi a ridosso dell'entrata in vigore della riforma del diritto concorsuale italiano, come visto, caratterizzata da una radicale modifica della concezione della figura del "decoctor" nell'impianto codicistico¹⁶³.

Già nel corso del dibattito formatosi in occasione dell'adozione della nuova Riforma, sono stati gli stessi studiosi della materia concorsuale a rilevare l'inadeguatezza ed inefficienza della concezione "sanzionatoria" del fallimento, quale strumento finalizzato ad estromettere dal mercato le imprese inefficienti mediante un procedimento liquidatorio inteso in senso darwiniano¹⁶⁴. All'uopo, si è, infatti, ritenuto preferibile individuare strumenti alternativi, in grado di consentire il superamento della crisi delle imprese nell'ottica della conservazione dei valori aziendali e della prosecuzione dell'attività imprenditoriale, facilitando il cosiddetto *fresh start*.

Nel solco di tali rilievi e superando le aporie interpretative sorte sull'art. 80, co. 5, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, il Supremo Collegio ha chiarito che la presentazione di una domanda di concordato "in bianco" non debba costituire una causa di automatica esclusione dell'impresa dalle procedure di evidenza pubblica per perdita dei requisiti di partecipazione, in tal modo rievocando quanto propugnato dai sostenitori della tesi cosiddetta "estensiva". In particolare, ciò si è ricavato dalla circostanza che nemmeno la normativa dell'Unione europea impone un obbligo per gli Stati membri di adottare un criterio di automatica esclusione degli operatori coinvolti nelle procedure concorsuali, al contrario riconoscendo la facoltà di adottare anche soluzioni di minor rigore.

A sostegno delle riferite conclusioni, i Giudici hanno richiamato la formulazione del combinato disposto degli artt. 80, co. 5, lett. b) cit., 110, co. 4, così come modificati dal d.l. n. 32 del 2019, dai quali emerge che le ipotesi di concordato "in bianco" debbono essere disciplinate dall'art. 186 – *bis* del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, essendo quindi richiesto l'intervento di una specifica autorizzazione giudiziale ai fini della partecipazione alle gare^[65].

Condivisibilmente la pronuncia in esame individua in detto provvedimento lo strumento atto a garantire una equilibrata composizione sia degli interessi alla certezza e celerità nella definizione delle procedure di gara sia della esigenza dell'imprenditore di continuare, ove possibile, l'attività aziendale con l'aggiudicazione di commesse pubbliche. Altresì, viene precisato come detta autorizzazione debba intervenire in un momento anteriore all'emanazione del provvedimento di aggiudicazione, senza che risulti necessaria, in questa fase, l'ammissione alla continuità aziendale. Sembrerebbe, inoltre, potersi desumere che il termine previsto per l'intervento dell'autorizzazione ex art. 186 – *bis*, co. 4, l. fall., non abbia una portata inderogabile ed assoluta, essendo riconosciuto, nel singolo caso concreto, un margine di discrezionalità in capo alla P.A. quanto all'eventuale efficacia integrativa o sanante da attribuire all'autorizzazione tardivamente intercorsa.

Di talché, gli approdi cui è giunta l'Adunanza Plenaria, con ben tre pronunce rese nella medesima data sul tema delle procedure concorsuali^[66], sembra prefigurare l'avvio di un modello di indagine interpretativo orientato verso una concezione dinamica dei criteri di solvibilità delle imprese. Ciò *prima facie* testimonia come il giudice nazionale, valorizzando il principio del *favor participationis* alla luce degli interventi normativi più recenti, abbia attinto da fonti ispirate a tecniche di controllo e garanzia delle procedure di evidenza pubblica che non si traducano in automatismi preclusivi alla partecipazione degli operatori economici.

^[65] Per approfondimenti in tema di cause di esclusione, cfr. R. Greco, *L'evoluzione normativa delle "cause di esclusione"*, in *Trattato sui contratti pubblici*, vol. II, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nicolis, 2019, 756 ss.

^[66] Cfr. anche Cons. St., Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 10; nonché, nella medesima data, Ad. Plen. n. 11.

^[67] A fronte dei quattro profili di censure dedotti dalla società ricorrente, il Tar Emilia Romagna, Bologna, con sentenza n. 76/2020, riteneva fondati i primi due motivi ed assorbiva i restanti.

^[68] Cfr. A. Petteruti, *Presupposti per l'ammissione alla procedura*, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di A. Caiafa, A. Salvi, Pisa, 2016, 17 ss.

¹⁵¹ Accanto all'istituto del fallimento, e con l'intento di ridurlo laddove possibile l'applicazione, la legge del 1942 inseriva anche ulteriori procedure: la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione controllata ed il concordato preventivo.

¹⁵² Per i profili storici, cfr. F. Pacileo, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017, 37 ss.; N. Rondinone, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, 2012, 9 ss.; G. Terranova, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Torino, 2013, 27 ss.; U. Santarelli, *per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1965; C. Pecorella, U. Gualazzini, VOCE Fallimento (storia), in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 220 ss.; G.B. Portale, *Dalla pietra del vituperio alle nuove concezioni del fallimento*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Marzio, P. Macario, Milano, 2010, 3 ss.

¹⁵³ Cfr., R. Rossi, *Insolvenza, crisi d'impresa e risanamento. Caratteri sistematici e funzionali del presupposto oggettivo dell'amministrazione straordinaria*, Milano, 2003, 34 ss.; A. Jorio, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, Vol. 21, fasc. 3, 512 ss.

¹⁵⁴ Cfr., A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2021, 27 ss.

¹⁵⁵ Cfr., F. Pacileo, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, cit., 38 ss.

¹⁵⁶ In particolare, ci si riferisce alla introduzione di talune modifiche alla disciplina dell'amministrazione controllata, la cui durata veniva estesa; nonché alla previsione di una nuova procedura concorsuale, denominata *amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi* (d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito dalla l. 3 aprile 1979, n. 95 e successive modifiche).

¹⁵⁷ Cfr., G. Ferri, *L'impresa, oggi*, in *Mass. Giur. lav.*, 1978, 428 ss.; C. Angelici, *Diritto commerciale*, I, Bari, 2009, 11 ss.; F. Corsi, *Crisi, insolvenza, reversibilità, temporanea difficoltà, risanamento: un nodo irrisolto?*, in *Fallimento*, 2000, 948 ss.; S. Pacchi Pesucci, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989, 40, 202 ss.; V. Buonocore, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, 52, 257; T. Ascarelli, *Il dialogo dell'impresa e della società nella dottrina italiana dopo la nuova codificazione*, in *Riv. soc.*, 1959, 409 ss.; F. Galgano, *Le teorie dell'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, II, Padova, 1978, 1 ss.

¹⁵⁸ Cfr., F. D'Alessandro, *la crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 329 ss.; G.B. Portale, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina della società di capitali)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, 368 ss.; A. Gambino, *Profili dell'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 559 ss.; L. Farenga, *La riforma del diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 251 SS.; M. Libertini, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio, F. Macario, Milano, 2010, 359 ss.

¹⁵⁹ Con tale intervento, quindi, emerge uno spostamento dell'angolo prospettico dalla figura personale dell'imprenditore a quella dell'impresa, come valore meritevole di tutela nell'ottica del miglioramento del comparto economico di riferimento e, quindi, della concorrenza del mercato inteso in senso più ampio.

¹⁶⁰ Per approfondimenti sul tema, cfr. A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 388 ss.

¹⁶¹ Tale disposizione, in particolare, prevede 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.

¹⁶² In tema, taluni autori osservano come tale obiettivo risulti valorizzato mediante una disciplina incentivante, ai sensi degli artt. 182 – *quinquies* e 186 – *bis* l. fall., nonché dalla previsione di cui all'art. 182 – *sexies* l. fall., ove si prevede la disapplicazione degli artt. 2446, co. 2 e 3, 2447, 2482 – *bis*, co. 4, 5, 6, 2482 – *ter*, 2484, n. 4) e 2545 – *duodecies*, c.c., sulla riduzione o perdita del capitale. In tema, vedasi, in particolare: F. Pacileo, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, cit., 49; C. Cavallini, *Dalla crisi alla conservazione dell'impresa nelle ultime riforme fallimentari: uno sguardo d'insieme tra novità della legge e statuizioni della Suprema Corte*, in *Riv. soc.*, 2013, 762 ss.; C. Cincotti, F. Nieddu Arrica, *La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 1238 ss.; S. Ambrosini, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 469 ss.

¹⁶³ Significative, al riguardo, le modifiche all'art. 161, co. 6, l. fall., ove è prevista l'indicazione dell'elenco nominativo dei creditori e dei relativi crediti nella proposta presentata dal debitore; nonché all'art. 161, co. 7, l. fall., in tema di parere del commissario sugli atti urgenti di straordinaria amministrazione.

¹⁶⁴ Per approfondimenti, cfr. P. Montalenti, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, in *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, a cura di P. Montalenti, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2018, 11 ss.; S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. Cottino, Padova, 2008; V. Calandra

Buonaura, *Concordato preventivo*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. II, tomo II, Milano, 2008; A. Jorio, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 15 ss.; D. Vattermoli, *Concordato con continuità aziendale*, Absolute Priority Rule e New Value Exception, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 331ss.; S. Fortunato, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 995 ss.; P.F. Censoni, *Gli effetti sostanziali del concordato preventivo dopo la riforma del diritto fallimentare*, in *Giur. comm.*, vol. 33, fasc. 5, 2006, I, 765 ss.; G. Fauceglia, *Disciplina concorsuale e art. 110 Codice degli appalti pubblici*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 463 ss.

^[19] Per approfondimenti sugli interessi che vengono in rilievo, cfr. V. Finch, *The Measures of Insolvency Law*, in 17 *Oxford J. Leg. St.*, 1997, 227 ss.; R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, IV ed., London, 2011, 75 ss.; E. Warren, J.L. Westbrook, *Contracting Out of Bankruptcy: An Empirical Intervention*, in 118 *Harv. L. Rev.*, 2005, 1197 ss.

^[20] Cfr., *ex plurimis*, G.G. Triantis, *Theory of the Regulation of Debtor-in-Possession Financing*, in 46 *Vand. L. Rev.*, 1993. Nella letteratura italiana, cfr. F. Accettella, *I finanziamenti alle imprese in regime di (pre)concordato dopo la legge n. 132/2015*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 50 ss.

^[21] Quanto alla evoluzione normativa in Francia, vengono in rilievo, in particolare, la l. n. 85-98 del 25 gennaio 1985, sulle procedure di *redressement e liquidation judiciaires des entreprises*; la l. n. 84-148 del 1 marzo 1984, sulle procedure di *alert e prevenzione dell'insolvenza*; la l. n. 2005-845 del 26 luglio 2005; il *décret* del 28 dicembre 2005; nonché le modifiche apportate dalla *ordonnance* n. 2008-1345, dalla l. n. 2012-346 del 12 marzo 2012 e dalla l. n. 2015-990 del 6 agosto 2015.

^[22] In tema, cfr. C. Sant-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 10 ed., *Isy-lesMoulineaux Cedex*, 2016, 15 ss.; F. Pérochon, R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 8 ed., Paris, 2009, 1 ss.; A. Jorio, *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fallimento*, 2015, 1070 ss.; L. Panzani, *L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme*, in *Fallimento*, 2015, 1013 ss.; M.-J. Campana, *La prevenzione della crisi delle imprese. L'esperienza francese*, in *La legislazione concorsuale in Europa. Esperienze a confronto*, a cura di S. Bonfatti, G. Falcone, Milano, 2004, 233 ss.

^[23] Cfr. W. Uhlenbruck, *Vom Konkurs zum ESUG – Betriebsfortführung als Sanierungsentscheidung*, in *Betriebsfortführung in Restrukturierung und Insolvenz*, Hrsg. Mönning, 3. Aufl., Köln, 2016, 3 ss., 9 ss. Rn. 9 ss., 24 Rn. 46; S. Eickes, *Zum Grundsatz des Unternehmensfortführung in der Insolvenz*, Wiesbaden, 2014, 1 ss., 62; H. Eidenmüller, *Die Restrukturierungsempfehlung der EU-Kommission und das deutsche Restrukturierungsrecht*, in *KTS*, 2014, 401 ss., 416 ss. Nella letteratura italiana, vedasi, tra gli altri, L. Guglielmucci, *La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung) del 5 ottobre 1994*, Milano, 2000.

^[24] Per approfondimenti sul punto, cfr. K. Schmidt, in *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, Hrsg. K. Schmidt, W. Uhlenbruck, 4. Aufl., Köln, 2009, 421 Rn. 5.32, 427 s. Rn. 5.41.

^[25] Cfr. F. Pacileo, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 2017, 36 ss.; A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese, Le procedure concorsuali*, Bologna, 2021, 36 ss.

^[26] Per approfondimenti, cfr. R. Greco, *Requisiti di ordine generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nictolis, II, Milano, 2019, 756 ss.; S.S. Scoca, *Contratti pubblici: l'effettività della tutela tra formalismo e sostanzialismo*, un *Giur. it.*, 2015, n. 3, 699 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, 2017, 2017 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, 2016, 273 ss.; C.E. Gallo, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici*, in *Foro amm.-Cds*, 2011, n. 12, 3733 ss.; S. Foà, *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2014, n. 11, 1147; V. Capuzza, *I requisiti di ordine generale (Commento all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006)*, in *Codice commentato degli appalti pubblici*, a cura di A. Cancrini, C. Franchini e S. Vinti, Torino, 2014, 236; G. PESCE, *Requisiti di partecipazione, accesso alle gare pubbliche e riflessi sulla tutela della concorrenza tra le imprese (artt. 34 – 52)*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, 2010, 300 ss.

^[27] Tra gli interventi più significativi si possono citare il d.l. n. 70 del 2011, nonché il d.l. 24 giugno del 2014, n. 90, convertito con modificazioni nella l. 11 agosto 2014, n. 114.

^[28] Si evidenzia che il D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, come modificato dal D.L. 24 agosto 2021, n. 118 (convertito con modificazioni dalla L. 21 ottobre 2021, n. 147), ha previsto, con l'art. 389, co. 1, la proroga dell'entrata in vigore della nuova formulazione della disposizione dal 1 settembre 2021 al 16 maggio 2022. Conseguentemente, il nuovo testo dell'art. 80, co. 5, lett. b), reciterà: “l'operatore economico sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale 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. 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'art. 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155 e dall'art. 110”.

^[29] Cfr. V. Di Iorio, *Requisiti generali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, II, Milano, 2019, 823 ss.

^[30] In dottrina, per approfondimenti, v. 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, 2014, par. 2 (*Fallimento e procedure concorsuali*), 507 ss.; G. Bergonzini, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli e G. Sala, Padova, 2014, 310; 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, 2014, 123 ss.

^[31] Ai sensi del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, come modificato dal D.L. 24 agosto 2021, n. 118 (convertito con modificazioni dalla L. 21 ottobre 2021, n. 147), ha previsto, con l'art. 389, co. 1, la proroga dell'entrata in vigore dal 1 settembre 2021 al 16 maggio 2022 del nuovo testo dell'art. 110, co. 4, Codice dei Contratti pubblici, che avrà il seguente tenore: "Alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'art. 40 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'art. 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155, si applica l'art. 95 del medesimo codice. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo ed il momento del deposito del decreto previsto dall'art. 47 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza è sempre necessario l'avalimento dei requisiti di un altro soggetto".

^[32] In tema, cfr. R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 "sblocca cantieri"*, in *Urb. app.*, 2019, n. 4.

^[33] Cfr., V. DI IORIO, *Requisiti generali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, 829 ss.

^[34] Per alcune osservazioni critiche circa la parziale attuazione della "logica unificatrice" che connota la riforma, cfr. A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2021, 65 ss.

^[35] Cfr. V. Calandra Buonauro, *Il nuovo concordato preventivo*, in *La riforma delle procedure concorsuali, in ricordo di Vincenzo Buonocore*, a cura di A. Jorio e R. Rosapepe, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2021, 171 ss., ove è evidenziato come l'innovato impianto normativo risulti finalizzato a valorizzare "l'oggettiva conservazione dell'efficienza dell'organismo produttivo a prescindere dal mantenimento della gestione e della titolarità dell'azienda in capo al debitore".

^[36] Cfr. A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2021, 404.

^[37] L'art. 44, co. 1, lett. a), Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, prevede un termine compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile su istanza del debitore in presenza di giustificati motivi e in assenza di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale, fino a ulteriori sessanta giorni.

^[38] Come anticipato nel precedente paragrafo, le nuove formulazioni di tali norme entreranno in vigore a partire dal 16 maggio 2022, non già dal 1 settembre 2021, per effetto della proroga introdotta dal D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (con l'art. 389, co. 1), come modificato dal D.L. 24 agosto 2021, n. 118, convertito con modificazioni dalla L. 21 ottobre 2021, n. 147.

^[39] Tale disposizione prevede, al secondo periodo, che: "Per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo ed il momento del deposito del decreto previsto dall'art. 47 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è sempre necessario l'avalimento dei requisiti di un altro soggetto".

^[40] 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] I sostenitori della tesi restrittiva richiamano anche i rilievi effettuati dalla Corte di Giustizia sull'interpretazione dell'art. 45, par. 2, c. 1, lett. b), Direttiva 2004/18/CE.

^[42] Tale orientamento richiedeva, in particolare, la intervenuta ammissione giudiziale alla procedura del concordato con continuità aziendale, non ritenendo sufficiente la semplice proposizione della domanda da parte dell'operatore economico.

^[43] Ai sensi dell'art. 110, co. 4, primo periodo, è sancito che: "Alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'art. 161, anche ai sensi del sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, si applica l'art. 186 – bis del predetto regio decreto".

^[44] Cfr., *ex multis*, Tar Lazio, Roma, Sez. II ter, 22 luglio 2019, n. 9782.

^[45] Per approfondimenti giurisprudenziali sulla tesi estensiva, cfr., *ex multis*, 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, Sez. IV, 30 dicembre 2015, n. 2877; Cons. St., Sez. VI, 3 febbraio 2016, n. 426, in *dejure.it*.

^[46] Ci si riferisce, in particolare, alla formulazione dell'art. 80, co. 5, lett. b), Codice dei contratti pubblici anteriore alle modifiche apportate dal d.l. n. 32 del 2019, che ha espunto il previgente riferimento all'ipotesi del "concordato con continuità aziendale".

^[47] 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*), 835 ss.

^[48] Per approfondimenti sulla tesi estensiva, cfr. S. Francario, *Autorizzazione alla continuità aziendale sopravvenuta in corso di gara*, in *L'Amministrativista.it*, 26 febbraio 2021.

^[49] Cfr. Cons. St., Sez. III, 8 maggio 2019, n. 2963.

^[50] Cfr. Cons. St., Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1328.

^[51] Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 11.

^[52] Cfr., tra gli altri, l'art. 15 della l. 57/1962.

^[53] Cfr., tra le altre, Direttiva 71/305/CEE del Consiglio del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici; nonché, più di recente, la Direttiva 2014/24/UE del Parlamento e del Consiglio del 26 febbraio 2014, che abroga la direttiva 2004/18/CE.

^[54] Laddove la preclusione debba riferirsi sia alle imprese coinvolte nella procedura di concordato in bianco sia a quelle in attesa dell'ammissione al concordato preventivo ex art. 161, l. fall.

^[55] Cfr. Determinazione Anac n. 5 del 8 aprile 2015, ai sensi della quale l'utilizzo, da parte del legislatore, della forma ipotetica "se nominato" nell'art. 186 – bis, co. 4, l. fall., risulterebbe esemplificativo della riferibilità della norma anche alle ipotesi del concordato c.d. in bianco, giacché il concordato preventivo ordinario richiede necessariamente la nomina del commissario giudiziale.

^[56] Cfr. Cass., Sez. I, n. 14713/2019; Cass., Sez. I, n. 7117/2020.

^[57] La relazione illustrativa all'art. 372, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sottolinea l'importanza di adottare un criterio interpretativo del concordato in bianco che si ponga in linea con la *ratio* dell'istituto, consentendo la partecipazione alle procedure di affidamento alle imprese istanti. In tal senso, si è precisato che: "Lo scopo è quello di evitare che paradossalmente, tale domanda, da strumento di tutela per l'imprenditore, diventa un ostacolo alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale".

^[58] Cfr. Ad. Plen., n. 16/2020.

^[59] In tal senso, cfr. Cons. St., sez. V, n. 1328 del 2020; Delibera Anac n. 362 del 2020.

^[60] Cfr. Cons. St., Ad. Plen. 27 maggio 2021, n. 10.

^[61] Cfr. Art. 72, Considerando n. 110, Direttiva n. 24/2014/UE.

^[62] Per approfondimenti, cfr. V. Di Iorio, *Procedure concorsuali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nictolis, II, Giuffrè, Milano, 2019, par. 6.5 (*Il concordato in bianco o con riserva*), 834 ss.

^[63] Per quel che interessa ai fini della presente trattazione, occorre dare atto di quanto sancito dal D.Lgs. n. 12 gennaio 2019, n. 14, come modificato dal D.L. 24 agosto, n. 118, convertito con modificazioni dalla L. 21 ottobre 2021, n. 147, ove all'art. 389, co. 1, ha recentemente previsto la proroga dal 1 settembre 2021 al 16 maggio 2022 dell'entrata in vigore delle norme contenute nel nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, specie con riferimento a quelle che incidono sulla portata applicativa degli artt. 48; 80, co. 5, lett. b); 110 D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁶⁴ Cfr. R. Rordordf, *Le linee della riforma*, in *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo, Atti del convegno, Courmayeur, 23-24 settembre 2016*, a cura di P. Montalenti, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 2018, 177 ss.

¹⁶⁵ Quanto alle modifiche del D.lgs. n. 50/2016, cfr. le modifiche apportate dall'art. 372, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

¹⁶⁶ Cfr. Ad. Plen. nn. 9, 10 e 11 del 27 maggio 2021.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2356 – 3 giugno 2022

L'eccesso di potere giurisdizionale *ex art. 111, co. 8, Cost.*: il sindacato del giudice amministrativo tra limiti e poteri. L'invasione della sfera riservata alla discrezionalità amministrativa (nota a Cass., Sez. un., ord. n. 5636/2022)

di Tania Linardi

Sommario: 1. La vicenda in esame e le *quaestiones* sottoposte alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. - 2. Il sindacato esercitabile nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato: brevi cenni sull'evoluzione storica. - 3. I “soli motivi inerenti alla giurisdizione”, di cui all'art. 111, ottavo comma, Cost. - 4. La posizione delle Sezioni Unite sulle *quaestiones* oggetto del ricorso. - 5. Lo sconfinamento del giudice nell'ambito della discrezionalità amministrativa. - 6. Considerazioni conclusive.

1. La vicenda in esame e le *quaestiones* sottoposte alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Le Sezioni Unite Civili della Suprema Corte di Cassazione, con l'Ordinanza n. 5636 del 21 febbraio 2022, affrontano la complessa e dibattuta tematica relativa alla perimetrazione del sindacato esercitabile nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato “*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*”^[1], di cui all'art. 111, ottavo comma, della Carta costituzionale, ritenendo configurata, nel caso di specie, un'ipotesi di indebita “invasione” della sfera riservata alla Pubblica Amministrazione.

Nel particolare, la controversia in esame trae origine dal ricorso presentato da una società concorrente (quale mandataria di un RTT) avverso l'aggiudicazione disposta in favore di un altro RTT. Si deduceva, da un lato, l'illegittimità del provvedimento di ammissione alla

procedura di gara a causa di un grave errore commesso nell'esercizio dell'attività professionale; dall'altro lato, l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, alla luce del procedimento avviato innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per la verifica dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza.

In relazione a tali rilievi, il Tribunale Amministrativo Regionale competente disponeva il parziale rigetto della domanda e, in parte, ne dichiarava l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse.

Diversamente, la Sezione Quinta del Consiglio di Stato pronunciava sentenza di accoglimento delle censure proposte con il primo motivo di appello, per l'effetto disponendo l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e dichiarando inefficace la convenzione *medio tempore* stipulata dalla Consip con il RTI aggiudicatario.

Sul punto, il Collegio chiariva che, pur dovendosi prescindere dall'analisi del sopravvenuto provvedimento sanzionatorio dell'AGCM,¹⁴ l'aggiudicazione disposta dalla Consip si profilava illegittima, in quanto viziata da eccesso di potere per contrasto con il principio di ragionevolezza. A tal proposito, si evidenziava che, alla stregua degli elementi indiziari presenti al momento della decisione della Stazione Appaltante, quest'ultima potesse *“maturare un giustificato convincimento in ordine all'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza”*.

Inoltre, si sosteneva che la mancata esclusione degli operatori economici dalla procedura di gara dovesse ritenersi *“comprensibile”*, in assenza di prova adeguata quanto agli errori commessi nell'esercizio dell'attività professionale nonché all'ipotesi di falsa dichiarazione.

Nel delineato contesto, il Collegio precisava che: *“(...) certo era ragionevole attendersi dalla stazione appaltante una diversa decisione in merito al prosieguo della procedura, di soprassedere all'aggiudicazione fino a che non fossero stati resi noti gli esiti del procedimento sanzionatorio avviato dall'Autorità sulla propria segnalazione, previa eventuale adozione di adeguati provvedimenti interinali, non di procedere con l'aggiudicazione, così da favorire essa stessa quel risultato frutto dell'alterazione dalla concorrenza che, con i propri atti, e sin dal disciplinare di gara, intendeva scongiurare”*.

Di talché, avverso la suesposta decisione la società mandataria del RTI aggiudicatario proponeva ricorso per Cassazione sulla base di tre ordini di motivi.

La prima questione denunciata dalla ricorrente attiene al difetto assoluto di giurisdizione ed allo sconfinamento nella sfera riservata alla discrezionalità amministrativa, ipotesi in cui sarebbe incorso il Giudice amministrativo per aver annullato il provvedimento di aggiudicazione a causa delle indagini avviate dall'AGCM, nonché per aver conseguentemente determinato una sospensione della procedura di gara sino al definitivo accertamento anticoncorrenziale, in assenza di espresse disposizioni normative in tal senso. In tal modo impedendo alla Stazione Appaltante di agire diversamente, seppure nei limiti di quanto prescritto dall'art. 81, comma terzo, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in relazione alla decisione di non procedere ad alcuna aggiudicazione per inidoneità delle offerte.

La seconda questione riguarda, invece, il dedotto vizio di difetto assoluto di giurisdizione e sconfinamento nella sfera riservata alla potestà legislativa, rinvenibile, secondo la tesi prospettata dalla ricorrente, nella parte della sentenza in cui si sostiene che, in pendenza di un procedimento avviato dall'AGCM, la Stazione Appaltante debba sospendere la relativa

procedura di gara sino alla conclusione dell'accertamento anticoncorrenziale. Si evidenzia, in sostanza, come la sentenza abbia indebitamente vincolato l'esercizio della discrezionalità amministrativa ad un criterio di ragionevolezza anomalo e ad un principio di diritto non previsto dalla legge.

Infine, con il terzo motivo si lamenta il difetto assoluto di giurisdizione e l'asserita violazione dei principi di effettività della tutela giurisdizionale, del giusto processo e della presunzione di innocenza. A suffragio di tali rilievi, la ricorrente sostiene che la disposta sospensione della procedura di gara (in attesa del provvedimento finale dell'AGCM) avrebbe comportato una rivalutazione dei requisiti di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006, alla luce di fatti sopravvenuti. In tal mondo palesandosi il contrasto con il principio della presunzione di innocenza, operante quale limite esterno alla giurisdizione del Giudice amministrativo, essendo sancito anche dal diritto dell'Unione europea. Così, la ricorrente chiede, in via subordinata, di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 27 Cost., o questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario in ordine all'art. 6 CEDU.

2. Il sindacato esercitabile nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato: brevi cenni sull'evoluzione storica.

Come noto, il sindacato delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato è esercitabile *“per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”*, ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost.

Invero, la portata semantica di tale formulazione rappresenta il frutto di un graduale processo normativo che ha interessato l'istituto *de quo* sin dall'epoca anteriore all'adozione della Carta costituzionale, alla luce delle classificazioni dogmatiche adottate in sede interpretativa e del ruolo attribuito ai differenti organi di volta in volta ritenuti competenti a risolvere i problemi di giurisdizione^[3].

Originariamente, infatti, è possibile notare che la legge sarda n. 3780 del 1859 richiedeva l'intervento di un decreto del re, reso sulla base di apposito parere del Consiglio di Stato, al fine di regolare soprattutto le situazioni di conflitto tra giudice ordinario e tribunali del contenzioso amministrativo, nonché quelli tra Giudice ordinario e Pubblica amministrazione. In tal caso, emergeva come valore preminente l'esigenza di garantire alla P.A. uno spazio di autonomia rispetto all'attività promanante dal potere giurisdizionale.

A seguito dell'intervento della legge n. 2248 del 1865, All. E), e quindi della abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo, l'operatività della sopra richiamata legge sarda n. 3780/1859 concerneva i casi di conflitto tra giudice ordinario e pubblica amministrazione, devoluti al Consiglio di Stato, quale organo amministrativo di vertice^[4].

Proprio tale carattere, peraltro, lasciava emergere taluni profili di dubbia imparzialità dell'organo *de quo* rispetto all'Esecutivo, da ciò conseguendo la successiva decisione, attuata ad opera della legge n. 3761/1877, di individuare nella Corte di Cassazione il plesso giurisdizionale deputato a risolvere i conflitti tra giudice ordinario e P.A., prevedendosi anche una disciplina nei casi di conflitto tra giudice ordinario e Consiglio di Stato, all'epoca dotato di competenze amministrative.

Nel particolare, la disposizione di cui all'art. 3 della legge in commento sanciva la competenza della Cassazione a *“giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, nonché della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere”*.

Successivamente, con il progressivo riconoscimento della natura giurisdizionale del ricorso al Consiglio di Stato ai sensi della legge n. 62 del 1907, venivano in rilievo, da un lato, il problema relativo al conflitto di giurisdizione tra il giudice ordinario e giudice amministrativo, quest'ultimo non più da intendersi quale emanazione della P.A.^[5] Dall'altro lato, si riconosceva espressamente l'esercizio del sindacato della Cassazione nei confronti delle decisioni adottate dal giudice speciale, ove rese in *“difetto assoluto di giurisdizione”*^[6].

Tale previsione era presente anche nel successivo art. 48, r.d. n. 1054 del 1924, il quale, oltre a richiamare espressamente la legge n. 3761 del 1877^[7], prevedeva l'impugnabilità delle pronunce giurisdizionali del Consiglio di Stato mediante ricorso per cassazione *“soltanto”*^[8] *per assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato”*.

Ciò detto in ordine ad alcune delle più significative tappe del processo normativo afferente al tema della sindacabilità delle decisioni del Consiglio di Stato, occorre dare atto della scelta interpretativa che, in sede di stesura della Carta costituzionale, era emersa in ordine alla formulazione dell'art. 111 Cost.

Ed invero, tenuto conto dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni affermatosi nel contesto storico sopra delineato, i costituenti ritenevano preferibile confermare siffatta impostazione, impedendo quindi che le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti potessero essere sottoposte ad un ampio controllo da parte della Corte di Cassazione. Il sindacato riconosciuto a quest'ultimo plesso giurisdizionale, quindi, continuava ad essere limitato ai casi di *“eccesso di potere giudiziario”*, coerentemente alla *“unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé”*.^[9]

3. I “soli motivi inerenti alla giurisdizione”, di cui all'art. 111, ottavo comma, Cost.

Come anticipato nei precedenti paragrafi, le differenti formulazioni adottate nel tempo a livello normativo per delimitare i confini del sindacato esercitabile sulle decisioni del Consiglio di Stato evidenziano come l'attualissimo problema interpretativo dell'art. 111, co. 8, Cost. abbia, in realtà, radici molto antiche.

Ciò imporrebbe di seguire, anche a livello esegetico, un approccio che tenga in considerazione le peculiarità dei rapporti esistenti tra esercizio del potere pubblicistico e posizioni giuridiche dei privati destinatari dell'attività della P.A., nonché dei relativi principi che ne governano il sistema, nell'ottica del riconoscimento di spazi di tutela effettivi ed adeguati rispetto alle posizioni giuridiche che vengono in rilievo.

Il tutto, come d'altronde testimoniato in tema di riparto della giurisdizione dalla formulazione dell'art. 103, primo comma, Cost., ove è previsto 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”.

Sul punto, la dottrina evidenzia come la *ratio* della disposizione in commento debba rinvenirsi nella esigenza di predisporre una tutela idonea alle posizioni dei privati lese dall’esercizio dell’attività amministrativa, sul presupposto che la mera tutela risarcitoria tradizionalmente offerta in sede civile con riferimento alle situazioni di diritto soggettivo non risulterebbe, in concreto, idonea ad assicurare la soddisfazione dell’interesse legittimo.^[10] In quest’ultimo caso, infatti, assume un ruolo centrale il giudice amministrativo, in quanto deputato, ad esempio, a rimuovere gli effetti della decisione pubblicistica laddove illegittima mediante l’adozione di una pronuncia di annullamento della stessa^[11].

Nell’ambito del delineato sistema, la trattazione della problematica legata alle questioni di giurisdizione non può prescindere, inoltre, dal richiamo all’art. 113 Cost., il quale cristallizza il livello minimo di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi riconosciuto ai cittadini avverso l’attività della Pubblica Amministrazione.

Ciò premesso, occorre rilevare che la portata applicativa della locuzione “*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*”, di cui all’art. 111, co. 8, Cost., appare desumibile, in particolare, alla luce del rapporto con gli altri commi presenti all’interno della medesima disposizione^[12].

In primo luogo, l’esegesi di tale disposizione assume rilievo dalla contrapposizione con il comma 7, ove si riconosce il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze per “*violazione di legge*”, con ciò intendendosi sia la legge sostanziale sia quella processuale. Sempre nell’alveo di tali motivi, si inseriscono quindi le violazioni della legge processuale che configurano violazioni dei principi di ogni tipo di processo, come quelli delineati nei commi 1, 2 e 6, art. 111, Cost. relativamente al giusto processo, al contraddittorio tra le parti, terzietà e imparzialità del giudice ed all’obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.

Come anticipato, nel delineato contesto si inserisce il comma ottavo dell’art. 111, il quale ha una portata derogatoria rispetto al comma 7 e, di riflesso, anche rispetto ai commi relativi ai principi sul processo^[13]. Ai sensi di tale norma, infatti, è riconosciuto in capo alla Cassazione il potere di sindacare le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per i soli motivi di giurisdizione (dunque, un sindacato sulla spettanza della giurisdizione, non anche sul corretto o scorretto esercizio della stessa da parte del giudice speciale), quale ipotesi avente natura residuale rispetto alla più ampia categoria delle violazioni di legge *tout court*.

In tema, giova inoltre precisare che la portata applicativa dell’art. 111, comma 8, Cost. è stata oggetto di un’importante chiarificazione da parte della Corte costituzionale con la nota sentenza n. 6/2018^[14] (pur trattandosi di sentenza di inammissibilità per irrilevanza), resa a seguito di un’ordinanza con cui le Sezioni Unite della Cassazione sollevavano questione di legittimità costituzionale dell’art. 69, co.7, d.lgs. n. 165/2001, “*nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30.06.98 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2020*”, deducendo la violazione dell’art. 117, co. 1, Cost., con riferimento ai parametri interposti dell’art. 6, par. 1, CEDU, e dell’art. 1, primo Protocollo addizionale della Convenzione^[15].

Nel particolare, il rimettente riteneva che potesse configurarsi la violazione del diritto di accesso ad un tribunale alla luce di quel prevalente orientamento giurisprudenziale che, alla scadenza del termine di decadenza sancito dall'art. 69, co. 7, d.lgs. n. 165/2001, ricollegava *“la radicale impossibilità di fare valere il diritto dinanzi ad un giudice”*. Inoltre, si richiamavano, come già prospettato dai ricorrenti, talune recenti decisioni della Corte EDU^[16] che, in un caso analogo, accertavano la violazione, da parte dello Stato italiano, degli obblighi convenzionali rispetto all'art. 6 CEDU in tema di diritto di accesso ad un tribunale^[17]. Ciò, si precisava, in quanto la decadenza prevista dalla norma nazionale sopra richiamata imponeva *“un ostacolo procedurale costituente sostanziale negazione del diritto invocato”*.

Sempre il rimettente, quanto alla motivazione sulla rilevanza, sosteneva la propria legittimazione a sindacare la decisione del Consiglio di Stato in oggetto richiamando una nozione di limite esterno della giurisdizione *“collegato all'evoluzione del concetto di giurisdizione”*, *“da intendersi in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale”*. In tal senso, si precisava che per norma sulla giurisdizione non dovesse intendersi soltanto quella che individua i presupposti per il riconoscimento del potere giurisdizionale, ma anche quella norma che *“dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca”*, nell'ottica dell'affermazione del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi. Infine, i giudici di legittimità precisavano che: *“la situazione in esame rientrerebbe in uno di quei casi estremi in cui il giudice amministrativo adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per errores in iudicando o in procedendo che danno luogo al superamento del limite esterno”*.

Tuttavia, la Consulta riteneva di non aderire a tali rilievi, disponendo quindi l'inammissibilità della questione di legittimità sollevata per mancanza di legittimazione del giudice *a quo*.

Sul punto, si precisava, infatti, che *“la tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dall'ottavo comma dell'art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, comprenda anche il sindacato su errores in procedendo o in iudicando non può qualificarsi come una interpretazione evolutiva, poiché non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale”*. Si aggiungeva, inoltre, che gli invocati principi fondamentali della primazia del diritto dell'Unione, dell'effettività della tutela e del giusto processo, non potessero formare oggetto di una questione di giurisdizione ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost., non essendo ricompresi nell'ambito delle ipotesi di difetto assoluto o relativo di giurisdizione, rilevanti ai fini della definizione degli ambiti di giurisdizione, pur trattandosi di grave motivo di illegittimità. Di talché, si concludeva precisandosi che *“non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda”*.

Ma anche successivamente a tale pronuncia, il dibattito relativo all'art. 111, co. 8, Cost., non era destinato a trovare una definitiva composizione, specie con riferimento alla portata applicativa della nozione di eccesso di potere giurisdizionale nelle ipotesi di rifiuto di giurisdizione^[18] e sconfinamento nella sfera del legislatore.

Le difficoltà di riconoscere, in concreto, siffatte ipotesi è testimoniata anche dalla adozione dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020 di rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la quale si evidenziava il problema della compatibilità dei limiti al sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato con il principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 47, Carta di

Nizza^[19]. All'uopo, la Corte di Giustizia dell'Unione europea precisava che, pur essendo stata pronunciata dal Consiglio di Stato nel caso di specie una erronea dichiarazione di irricevibilità del ricorso, ai sensi dell'art. 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665 e dell'art. 47 della Carta, *“il diritto dell'Unione non osta a che l'organo giurisdizionale supremo di uno Stato membro non possa annullare una sentenza pronunciata in violazione di tale diritto dal supremo organo della giustizia amministrativa di detto Stato membro”*.^[20]

Come recentemente osservato in dottrina, all'esito di tale vicenda rimane ancora aperto il problema relativo alla qualificazione della natura giuridica e della effettiva consistenza dell'interesse legittimo^[21]. Ci si riferisce, in particolare, al quesito avente ad oggetto la riconducibilità, o meno, degli interessi strumentali (o procedimentali) nelle gare pubbliche d'appalto nell'ambito della nozione di interesse legittimo. Ipotesi, quest'ultima, spesso negata dalla giurisprudenza amministrativa, come evincibile dall'adozione di pronunce di irricevibilità dei ricorsi fondate sul rilievo che trattasi di questioni legate ad “interessi di mero fatto o giuridicamente irrilevanti”. Profili che, in ultima istanza, si tradurrebbero in un “diniego di giustizia”^[22], specie ove la posizione giuridica risulti tutelata dal diritto dell'Unione europea.

Così, da tali rilievi promana l'ulteriore interrogativo relativo alla possibilità di riconoscere, o meno, il sindacato delle Sezioni Unite anche in relazione alla qualificazione, in termini di interesse di fatto o interesse giuridicamente rilevante, operata dal Consiglio di Stato quanto alla posizione dedotta in giudizio, ove ciò comporti un'ipotesi di “rifiuto di giurisdizione”.

In tal senso, con particolare riferimento alla natura giuridica da riconoscere a siffatta attività di qualificazione degli interessi emergenti in giudizio, sono state prospettate in dottrina differenti opzioni, da cui conseguono rilevanti effetti applicativi.

Secondo una ricostruzione, l'attività interpretativa necessaria a qualificare un determinato interesse come giuridicamente rilevante, o meno, ai fini del riconoscimento dell'interesse a ricorrere in giudizio, quand'anche dovesse ritenersi erronea, avrebbe una rilevanza in termini di *error in iudicando*, poiché attinente al merito della decisione. Conseguentemente, non potrebbe ritenersi integrata una ipotesi di violazione dei limiti esterni in termini di rifiuto di giurisdizione, invece deducibile in Cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost.^[23]

Altra impostazione interpretativa, invece, con particolare riferimento al caso Randstad, evidenzia come il giudice amministrativo di seconde cure abbia di fatto integrato una ipotesi di diniego di giurisdizione, essendosi indebitamente sostituito al legislatore europeo. Ciò per aver qualificato come irrilevante un interesse che, ai sensi del diritto dell'Unione europea, è considerato giuridicamente tutelabile.^[24]

Poste tali premesse, nel prosieguo del presente lavoro si affronteranno i rilievi ermeneutici effettuati dalle Sezioni Unite della Cassazione nell'Ordinanza n. 5636/2022 e, successivamente, ci si soffermerà, in particolare, sul riscontrato vizio di invasione della sfera riservata alla Pubblica Amministrazione.

4. La posizione delle Sezioni Unite sulle quaestiones oggetto del ricorso.

La prima questione affrontata dalla Cassazione concerne la verifica della sussistenza del vizio di difetto assoluto di giurisdizione per sconfinamento nella sfera riservata alla discrezionalità amministrativa nelle ipotesi in cui il Giudice amministrativo disponga, da un lato, l'annullamento dell'aggiudicazione, stante la pendenza di indagini dell'AGCM; dall'altro, evochi, incidentalmente, la necessità di sospendere la procedura di gara in attesa degli accertamenti dell'Autorità sull'attività anticoncorrenziale.

Al riguardo, le Sezioni Unite sostengono che le valutazioni effettuate dal Giudice amministrativo di seconde cure in merito all'aggiudicazione disposta dalla Consip non risultano censurabili in Cassazione *ex art. 111, co.8, Cost.*, laddove dirette a rilevare l'ipotesi di eccesso di potere per irragionevolezza dell'*agere* pubblicistico a causa della pendenza di un'indagine dell'AGCM nei confronti dell'aggiudicataria.

Le argomentazioni poste alla base di tale rilievo si fondano sulla natura del controllo effettuato dal Giudice amministrativo in siffatta ipotesi, qualificato in termini di "*vaglio ab externo dell'atto impugnato*" idoneo a travalicare i limiti esterni della sua giurisdizione. Si precisa, infatti, che all'uopo veniva utilizzato il parametro legale del buon andamento, unitamente ai relativi corollari dell'adeguatezza e proporzionalità dei mezzi impiegati per gli scopi pubblici, al fine di evidenziare il perseguimento, da parte della P.A., di fini diversi da quelli stabiliti dalla legge^[25].

Alla luce della esplicazione di tali criteri legali utilizzati, la Cassazione procede poi ad evidenziare come il controllo giudiziale esercitato nel caso di specie sia conforme al potere tradizionalmente riconducibile al g.a., a tal fine essendo rilevante il "*modo in cui la funzione amministrativa è stata in concreto esercitata, che, pur non spingendosi fino ad un riesame nel merito della valutazione compiuta dall'organo amministrativo, implica una verifica dell'effettiva sussistenza degli interessi considerati e dell'eventuale pretermissione di elementi rilevanti, nonché della coerenza e logicità delle ragioni addotte, tale da consentire di appurare la divergenza dell'atto dalla sua funzione tipica*"^[26].

In tal senso, l'ordinanza richiama i rilievi effettuati nel caso di specie dal giudice amministrativo, ritenendoli perfettamente in linea con le sue prerogative giurisdizionali ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost. Ci si riferisce, in particolare, alla parte della sentenza impugnata in cui il giudicante, ravvisata la principale funzione dell'aggiudicazione nella scelta del contraente più affidabile ai fini della esecuzione del contratto oggetto della procedura pubblica, ritiene incoerente ed illogica la scelta della P.A. di adottare il provvedimento di aggiudicazione, in quanto idoneo a "*favorire il risultato dell'alterazione della concorrenza*". Nonché, alla parte in cui si qualifica come "*comprensibile*" la mancata esclusione dalla procedura di gara degli operatori sottoposti alle indagini dell'AGCM, non potendosi considerare le segnalazioni effettuate all'Autorità quali elementi idonei a dimostrare la presenza di criticità concorrenziali nella condotta delle imprese.

Così, l'ordinanza in commento sancisce che la sentenza del Consiglio di Stato non è censurabile nella parte in cui ha annullato l'aggiudicazione sulla base del rilevato vizio di eccesso di potere per violazione del principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa.

Tuttavia, sempre con riferimento al primo motivo del ricorso, la Corte di Cassazione precisa che esso si profila parzialmente fondato nella parte in cui il Giudice amministrativo, oltre a disporre l'annullamento di cui sopra si è detto, esprime anche talune valutazioni in ordine alle modalità di prosecuzione della procedura di gara, di fatto evidenziando che sarebbe stata

ragionevole la decisione di “*soprassedere all’aggiudicazione fino a che non fossero stati resi noti gli esiti del procedimento sanzionatorio avviato dall’Autorità sulla propria segnalazione, previa eventuale adozione di adeguati provvedimenti interinali*”.

Su punto, si aggiunge che tale “sospensione” dell’aggiudicazione sino all’intervento della decisione dell’AGCM configura una vera e propria ipotesi di invasione della sfera riservata alla Pubblica Amministrazione, stante la indebita compressione dell’esercizio del potere discrezionale pubblicistico, per come invece espressamente previsto dal legislatore ai sensi dell’art. 81, comma terzo, d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile *ratione temporis*, che recita: “*Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all’aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto*”.

In tal senso, si evidenzia che l’indebito condizionamento dell’*agere* pubblicistico discenderebbe, in particolare, dall’effetto conformativo promanante dalla sentenza di annullamento, laddove contenga (come nel caso di specie) sia le ragioni di illegittimità dell’atto impugnato sia talune regole di condotta riferite alla successiva attività della P.A., tenuta a rispettarle pena l’elusione del giudicato.

Ciò chiarito, le Sezioni Unite sanciscono poi che non risulta configurabile il vizio di eccesso di potere per invasione dell’area riservata al potere legislativo, trattandosi di ipotesi che presuppone l’applicazione di una norma creata dal giudice stesso nel contesto di una indebita attività di produzione normativa, mentre nel caso di specie si era in presenza di un’attività interpretativa delle leggi. Si aggiunge, peraltro, che siffatto vizio dovrebbe escludersi anche laddove il giudice dovesse interpretare le norme di legge applicabili al caso concreto non tanto sulla base del relativo tenore letterale, quanto piuttosto sulla base della *ratio* desumibile dal loro coordinamento sistematico. Ipotesi, quest’ultima, che potrebbe rilevare tutt’al più in termini di *error in iudicando*, quale vizio della sentenza amministrativa non sindacabile in sede di Cassazione ai sensi dell’art. 111, ultimo comma, Cost.^[27].

Il Collegio, alla luce di tali coordinate ermeneutiche, evidenzia che nel caso in esame l’attività interpretativa del Giudice amministrativo si concentra, in particolare, sulle disposizioni di cui agli artt. 38 e 81, co. 3, d.lgs. n. 163 del 2006, ai sensi delle quali, da un lato, è riconosciuta alla Stazione Appaltante un margine di discrezionalità in relazione alla scelta di escludere i concorrenti che non presentino garanzie di affidabilità; dall’altro lato, è disciplinata la facoltà della P.A. di non procedere all’aggiudicazione qualora “*nessuna delle offerte risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto*”. E proprio la presenza di tale margine di discrezionalità nella scelta della P.A., si sostiene, rappresenterebbe il parametro in base al quale ritenere sindacabile, da parte del giudice amministrativo, l’operato pubblicistico sotto il profilo della irragionevolezza o manifesta illogicità^[28].

Del pari, l’Ordinanza in commento esclude anche la configurabilità del vizio di eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nel merito amministrativo. Come sancito dalla prevalente giurisprudenza, si prospetta che il vizio in esame debba rinvenirsi sia nelle ipotesi in cui il giudice effettui valutazioni sulla opportunità e convenienza dell’*agere* pubblicistico, sia nell’ambito delle decisioni (come nel caso delle decisioni c.d. autoesecutive) che, in concreto, non consentano alla P.A. di adottare ulteriori provvedimenti^[29]. Se ne deduce, quindi, che il Giudice amministrativo ha svolto un sindacato di legittimità sulla disposta aggiudicazione, avendo effettuato una indagine ancorata ai parametri della razionalità e della ponderatezza.

Ulteriormente, il Collegio sancisce che non risultano deducibili le doglianze afferenti al rilievo attribuito dal Consiglio di Stato al provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, nonché alla omessa pronuncia sulla posizione di altro operatore economico, la risoluzione delle quali presuppone, da un lato, l'interpretazione della portata applicativa dell'art. 81, comma terzo, d.lgs. n. 163 del 2006; dall'altro lato, le regole processuali sui limiti della domanda. Trattandosi, rispettivamente, di *errores in iudicando* ed *in procedendo*, quindi non rientranti nell'alveo dei motivi di giurisdizione di cui all'art. 111, ultimo comma, Cost^[30].

Infine, l'Ordinanza delle Sezioni Unite evidenzia la non deducibilità dell'asserita violazione dei principi di effettività della tutela giurisdizionale, del giusto processo e della presunzione di innocenza, promananti dalle norme della CEDU e del TFUE.

A sostegno di tali rilievi, si invoca anzitutto l'orientamento della stessa Cassazione ai sensi del quale la fattispecie di eccesso di potere giurisdizionale per omissione o rifiuto di giurisdizione non si configurerebbe nei casi di erronea interpretazione normativa e conseguente negazione, in concreto, della tutela giurisdizionale. Dovendosi, infatti, tale ipotesi rinvenire soltanto ove il giudice amministrativo sostenga che la situazione soggettiva sia, in astratto, completamente sfornita di tutela^[31].

Con riferimento alla ritenuta violazione del principio della effettività della tutela delle posizioni garantite anche dal diritto dell'Unione europea, si sostiene che essa non sia deducibile in questa sede, potendo tutt'al più essere fatta valere con altri strumenti^[32].

Analogamente, secondo il Collegio si profila non deducibile anche l'asserita violazione del principio della presunzione di innocenza, essendo stati utilizzati gli elementi indiziari non tanto per irrogare una sanzione, quanto piuttosto per valutare la sussistenza dei requisiti di partecipazioni alla gara pubblica e la idoneità delle offerte ai fini della aggiudicazione.

5. Lo sconfinamento del giudice nell'ambito della discrezionalità amministrativa.

Come anticipato nell'ambito dei precedenti paragrafi, il sindacato delle Sezioni Unite della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato si ritiene operante soltanto nelle ipotesi di superamento dei limiti "esterni" della giurisdizione del giudice amministrativo.

Per ciò che qui rileva, una di queste ipotesi è proprio quella in cui l'intervento del giudice finisce con il sostituirsi indebitamente al potere pubblicistico che, come noto, trova fondamento nelle norme in ossequio al principio di legalità^[33]. Norme che, nell'enucleare il contenuto e le modalità di esercizio di siffatte prerogative tese al perseguimento degli interessi pubblici, consentono di distinguere la natura vincolata o discrezionale del potere pubblicistico^[34].

Nel primo caso, i limiti imposti dalla norma sono tanto ampi da non lasciare residuare margini di scelta tra diverse soluzioni amministrative possibili. Ciò si verificherebbe, infatti, laddove a livello normativo siano previsti con precisione tutti gli elementi che debbono essere acquisiti e valutati ai fini della adozione della decisione finale, dovendo la P.A. limitarsi a verificare la sussistenza, in concreto, dei presupposti necessari per l'esercizio del potere.

Nel secondo caso, invece, la norma attributiva del potere non impone limiti tanto stringenti, riconoscendo quindi in capo alla P.A. uno spazio decisionale che le consente di individuare, tra più opzioni lecite e nel rispetto dell'art. 97 Cost. e delle regole procedurali di cui alla legge n. 241 del 1990, quella maggiormente idonea a soddisfare l'interesse pubblico che viene in rilievo nel caso concreto^[35]. In altri termini, come sostenuto dalla recente dottrina, si evidenzia che nell'esercizio del potere discrezionale la P.A. debba perseguire l'interesse pubblico primario arrecando il minor sacrificio possibile agli altri interessi compresenti^[36].

Orbene, all'interno della nozione della discrezionalità si suole distinguere tra legittimità e merito^[37]. Come noto, la valutazione della legittimità della condotta della P.A. è esercitabile, in via generale, dal giudice amministrativo, in quanto essa presuppone l'utilizzo di parametri di natura giuridica, ricavabili sia dalla norma attributiva del potere sia dai principi generali che (non delimitano ma) guidano^[38] l'*agere* pubblicistico. Diversamente, le regole di merito non hanno natura giuridica ma sono riferibili a scelte di opportunità e convenienza, pur presupponendo, in ogni caso, la conformità alle leggi. Per tal ragione, tendenzialmente questa tipologia di scelte è sottratta al sindacato giurisdizionale, salve le ipotesi tassativamente previste dalla legge, come ad esempio avviene in sede di ottemperanza e negli altri casi di cui all'art. 134, c.p.a., ove gli ampi poteri del giudice si desumono anche dall'art. 34, co. 1, lett. d), c.p.a.

Ancor più nel dettaglio, nell'ambito delle attività di natura discrezionale la figura tradizionalmente utilizzata ai fini del sindacato giurisdizionale di legittimità è quella dell'eccesso di potere^[39], dapprima individuato nella forma classica dello sviamento rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico primario normativamente previsto; per poi approdare ad un controllo sulla discrezionalità fondato sul parametro della ragionevolezza della scelta^[40]. Ciò al fine di consentire un sindacato che tenga conto di una pluralità di interessi, pubblici e privati, che vengono in rilievo nel caso concreto, alla luce della "relativizzazione dell'interesse primario"^[41].

Ciò detto in termini generali, occorre evidenziare che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha individuato una serie di ipotesi di travalicamento del sindacato giurisdizionale nell'ambito delle prerogative riservate alla valutazione discrezionale della Pubblica Amministrazione.

In via esemplificativa, all'interno di tale categoria viene in rilievo l'ipotesi in cui il giudice amministrativo, nei casi di giurisdizione di legittimità, effettui valutazioni dirette a verificare anche la convenienza e l'opportunità dell'*agere* pubblicistico, sconfinando indebitamente nel merito.

Inoltre, si ritiene ricorra il vizio di eccesso di potere giurisdizionale, di cui all'art. 111, co. 8, Cost., anche nei casi di adozione di sentenze di annullamento, laddove emerga una volontà del giudice amministrativo di elidere ogni spazio di esercizio del potere discrezionale della P.A., sostituendosi interamente ad essa con una pronuncia "autoesecutiva".^[42]

Un caso emblematico di superamento dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo è stato poi riscontrato con riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 38, comma 1, lettera f), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163^[43]. Ed invero, in una ipotesi di annullamento di un provvedimento di esclusione dalla procedura di gara pubblica effettuato dal Consiglio di Stato per essere incorso l'operatore economico in un pregresso grave

inadempimento professionale, le Sezioni Unite^[44] hanno sancito che le decisioni della P.A. relative alla sussistenza, o meno, del requisito dell'affidabilità di cui all'art. 38, risultano connotate da un ampio margine di apprezzamento per espressa previsione normativa. Conseguentemente, se ne deduce che lo spazio affidato al sindacato del giudice amministrativo sulle motivazioni di questo apprezzamento risulta limitato alle considerazioni c.d. *ab extrinseco*, finalizzate a rilevare la presenza di gravi indizi di pretestuosità delle valutazioni degli elementi fattuali. Non potendosi, invece, ammettere un sindacato giurisdizionale avente ad oggetto la valutazione della condivisibilità^[45] della scelta effettuata dalla pubblica amministrazione, dal quale scaturirebbe un potere giurisdizionale avente effetti sostitutivi e preclusivi dell'esercizio del potere pubblicistico.

Ulteriormente, in tema viene in rilievo anche l'ipotesi del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti antitrust. Ai sensi del prevalente orientamento giurisprudenziale *in subiecta materia*, si sostiene che la cognizione dell'organo giudicante abbia ad oggetto sia la "verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato" sia l'esame dei profili tecnici, nella misura in cui questi ultimi risultino necessari ai fini della statuizione sulla legittimità dell'atto impugnato^[46]. Tuttavia, qualora tali profili tecnici implicino l'adozione di valutazioni connotate da un margine di opinabilità, si precisa che il sindacato del giudice amministrativo dovrebbe consistere nella verifica del rispetto dei criteri della ragionevolezza, della logicità e coerenza della motivazione del provvedimento, dovendosi ulteriormente accertare che quest'ultimo non sia espressione di un potere che abbia in concreto travalicato i suddetti margini di opinabilità. Da ciò conseguendone che, laddove l'Autorità non abbia superato tali confini, il giudice amministrativo non potrebbe effettuare valutazioni aventi una portata sostitutiva rispetto agli apprezzamenti formulati dall'AGCM.^[47]

A tal riguardo, è stato evidenziato come la natura del sindacato giurisdizionale *de quo* non debba definirsi "debole", trattandosi piuttosto di una ipotesi in cui il principio della effettività della tutela giurisdizionale deve necessariamente tener conto delle caratteristiche proprie delle controversie in materia antitrust. Nel verificare che l'Autorità, con riferimento alla sanzione irrogata, abbia correttamente esercitato i poteri attribuitigli per legge^[48], si ritiene che il giudice sia titolare di un potere di "*full jurisdiction*", teso a verificare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative^[49].

6. Considerazioni conclusive.

Come evidenziato in narrativa, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 5636/2022, hanno affrontato taluni profili inerenti i motivi di giurisdizione di cui all'art. 111, co. 8, Cost., in conclusione evidenziando come la statuizione del giudice amministrativo di seconde cure abbia configurato una vera e propria ipotesi di invasione nella sfera della discrezionalità amministrativa. Ciò in quanto, oltre a disporre l'annullamento dell'aggiudicazione, la sentenza di fatto auspicava la sospensione dell'intera gara sino agli esiti del procedimento avviato di fronte all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Quanto al segmento della sentenza relativo all'annullamento dell'aggiudicazione, la Cassazione ha chiarito che esso non si profila sindacabile, essendo fondato sul riscontro del vizio di legittimità dell'eccesso di potere per irragionevolezza dell'*agere* pubblicistico. Ipotesi,

quest'ultima, tradizionalmente annoverata nell'ambito delle prerogative giurisdizionali del giudice amministrativo, per tal ragione inidonea a configurare una violazione dei limiti esterni della giurisdizione.

Più nel dettaglio, l'irragionevolezza era stata riscontrata in relazione alla decisione della P.A. di disporre l'aggiudicazione in favore dell'operatore coinvolto in un procedimento per l'accertamento di illeciti antitrust, avviato sulla base della segnalazione precedentemente effettuata ma non ancora conclusi.

Fermi i rilievi sui profili di giurisdizione sanciti dalle Sezioni Unite, la valutazione della ragionevolezza, o meno, di siffatta condotta pubblicistica evoca la dibattuta questione circa la rilevanza da attribuire agli illeciti concorrenziali nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, in assenza di una indicazione espressa del legislatore in tal senso.^[50] Ciò in quanto, come noto, l'illecito antitrust non è annoverato direttamente tra le cause di esclusione né nel previgente art. 38, d. lgs. n. 163 del 2006 (applicabile *ratione temporis* nella fattispecie oggetto della pronuncia) né nell'ambito dell'attuale art. 80, co. 5, lett. c), Codice dei Contratti pubblici, pur ritenendosi in quest'ultima disposizione all'oggi pacificamente riconducibile, soprattutto alla luce delle direttive europee e della interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia.^[51]

Ad ogni modo, i dubbi interpretativi sembrano acuirsi laddove occorra stabilire, come nel caso di specie, quale sia la rilevanza da attribuire ai meri indizi di un illecito concorrenziale ancora non accertato dall'Autorità^[52], alla luce del carattere dicotomico che potrebbero assumere in concreto e della difficoltà di raccordo tra le successive risultanze dell'istruttoria dell'AGCM e le valutazioni della Amministrazione.^[53]

Se da un lato, infatti, tali elementi indiziari non assurgono a vera e propria "prova" di una condotta che possa rendere dubbia l'affidabilità dell'operatore, quale ipotesi rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. art. 80, co. 5, lett. c), Codice dei Contratti pubblici; dall'altro lato occorre verificare quale sia la soglia minima indiziaria tale da precludere alla P.A. la scelta di procedere con l'aggiudicazione nei confronti dell'operatore coinvolto, tenuto conto anche della esigenza di non generare, su larga scala, effetti restrittivi sul funzionamento del mercato di riferimento.

Sotto ulteriore profilo, quanto al rilievo effettuato dal giudice amministrativo in merito alla sospensione della procedura di gara, le Sezioni Unite hanno riscontrato un'anomala sovrapposizione del potere giurisdizionale rispetto alle prerogative discrezionali pubblicistiche, per come espressamente riconosciute dal legislatore ai sensi dell'art. 81, comma terzo, d.lgs. n. 163 del 2006, ritenendo la questione sindacabile ex art. 111, co. 8, Cost.

Di talché, tale rilievo ermeneutico appare condivisibile, specie ove si consideri che il parametro formalistico della "ragionevolezza", evocato dal giudice amministrativo a sostegno della auspicata sospensione della procedura di evidenza pubblica, non possa ritenersi idoneo ad azzerare completamente i margini di scelta invece riconosciuti alla P.A. direttamente dal diritto positivo ai sensi degli artt. 38 e 81, d. lgs. n. 163 del 2006. Tale prospettiva ricostruttiva risulterebbe avvalorata dalla *ratio* del principio in commento che, lungi dal vincolare la P.A. all'adozione di una condotta preventivamente determinata, mira a guidarne la scelta, nel rispetto dei canoni di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 della Carta costituzionale.

^[1] Per approfondimenti, cfr. F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, *passim*; F. FRANCIARIO, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Libro dell'Anno del Diritto* Treccani 2017; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, Napoli, 2008; 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; 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; A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti*, in *Federalismi*, n. 1, 3 gennaio 2018; E. CANNADA BARTOLI, *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 295 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, II ed., Bologna, 1979, 151 ss.; S. CASSARINO, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, Milano, 1984, I, 121 ss.

^[2] Quanto al giudizio di impugnazione promosso avverso il provvedimento sanzionatorio *de quo*, il Collegio precisava l'insussistenza di profili di pregiudizialità rispetto alla controversia in oggetto.

^[3] Per approfondimenti sui profili storici, cfr. F.G. SCOCA, *La formazione del sistema*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Ottava Ed., 2020, p. 3 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *DPA*, 2012, 1677 ss.; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989; In tema si consulti V. CAIANIELLO, *Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Scritti in onore di G. Miele, Il processo amministrativo*, Milano, 1979; M. NIGRO, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui Tribunali regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1832; F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Vicenza, 1969, 75; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei Governi liberi*, Torino, 1904, 325; V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, 410; M. MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, 1881; S. SPAVENTA, *Giustizia amministrativa*, Discorso pronunciato all'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880, in S. SPAVENTA, *La giustizia amministrativa*, a cura di S. Ricci, Napoli 1993, 54-55; V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1914, 722-723.

^[4] Ciò era previsto ai sensi dell'art. 10, l. n. 2248/1865, all. D).

^[5] In tal caso continuandosi ad applicare l'art. 3, n. 3, legge n. 3761 del 1877.

^[6] Ciò aggiungendosi all'ipotesi della denuncia dei conflitti positivi e negativi di giurisdizione.

^[7] Ai sensi dell'art. 3, n. 3, di tale legge è sancita la competenza della Corte di Cassazione a “*giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, nonché della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza ed eccesso di potere*”.

^[8] Formulazione che sembrerebbe enfatizzare il carattere restrittivo del sindacato della Cassazione.

^[9] In tal senso si era espresso il Mortati nella seduta del 27 novembre 1947.

^[10] Cfr. F. FRANCIARIO, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia Insieme*, 11 novembre 2020.

^[11] Per approfondimenti sull'argomento, v. E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1968; F. FRANCIARIO, *Osservazioni a margine dello studio di Franco Scoca sulla figura dell'interesse legittimo*, in *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa. Saggi sulla giustizia amministrativa*, Napoli, 2019, 497 ss.; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 219.

^[12] Per un più approfondito esame dell'interpretazione dell'art. 111, co. 8, Cost., anche alla luce dei codici processuali, v. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia Insieme*, 30 novembre 2020; nonché i rilievi espressi in occasione del convegno tenutosi presso l'Università di Roma Tre l'11 febbraio 2022 e consultabile su *Giustizia Insieme, Il caso Randstad Italia s.p.a.: questione di giurisdizione o di giustizia?*, 17 febbraio 2022.

^[13] Cfr. R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazioni di legge")*, in *www.sipotra.it*, 2017. Per un approfondimento sulle differenti opzioni interpretative emerse in dottrina, cfr. il convegno tenutosi presso l'Università di Roma Tre in data 11 febbraio 2022 e consultabile su *Giustizia Insieme*, *Il caso Randstad Italia s.p.a.: questione di giurisdizione o di giustizia?*, 17 febbraio 2022; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia Insieme*, 16 marzo 2022.

^[14] Cfr. Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, in *Foro it.*, 2018, I, 373. Quanto all'interpretazione dell'eccesso di potere giurisdizionale ex art. 111, comma 8, Cost., offerta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione successivamente a tale pronuncia, cfr., tra le molte, Cass., Sez. Un., n. 18259.2021; Cass., Sez. Un., n. 7839.2020; Cass., Sez. Un., n. 19175.2020;

Cass., Sez. Un., n. 7926.2019; Cass., Sez. Un., n. 8311.2019; Cass., Sez. Un., n. 29082.2019. Per approfondimenti in dottrina, cfr. A. POLICE, F. CHIRICO, *I soli motivi inerenti la giurisdizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale, nota a Corte cost., 18 gennaio 2018, n.6*, in *Il processo*, 2019, n. 1, p. 113 ss.; A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione "funzionale" delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, n. 3, p. 1102.

^[15] La questione *de qua* promanava da un ricorso per Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso la sentenza del giudice amministrativo di seconde cure avente contenuto confermativo della decisione di primo grado che sanciva l'inammissibilità della domanda del ricorrente finalizzata all'accertamento del rapporto di impiego alle dipendenze della P.A., stante l'intervenuta decadenza ai sensi dell'art. 69, co. 7, d.lgs. n. 165/2001.

^[16] Trattasi delle sentenze del 4 febbraio 2014, Corte EDU, Mottola contro Italia e Staibano e altri contro Italia del 4 febbraio 2014, rese nell'ambito di un giudizio avviato da soggetti che versavano nella medesima condizione giuridica dei ricorrenti di cui sopra.

^[17] Per completezza espositiva, si precisa che la Corte EDU, nel caso di specie, rilevava anche la violazione dell'art. 1, primo Protocollo addizionale alla Convenzione CEDU.

^[18] Cfr. F. FRANCARIO, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, *cit.*

^[19] Per un più approfondito esame della questione, cfr. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia Insieme*, 30 novembre 2020.

^[20] Cfr. F. FRANCARIO, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad Italia spa*, in *Federalismi*, n. 5, 9.02.2022. In tema, si richiama anche il convegno tenutosi presso l'Università di Roma Tre in data 11 febbraio 2022 e consultabile su *Giustizia Insieme*, *Il caso Randstad Italia s.p.a.: questione di giurisdizione o di giustizia?*, 17 febbraio 2022.

^[21] Per approfondimenti, v. M. MAGRI, *Individuazione dell'interesse legittimo e accertamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, dopo il caso "Randstad"*, in *Giustizia Insieme*, 21 aprile 2022; R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *Interdittiva antimafia e legittimazione all'impugnazione. La necessaria partecipazione dei soggetti direttamente coinvolti (nota a Consiglio di Stato Ad. Plen. n. 3/2022)*, in *Giustizia Insieme*, 6 aprile 2022; F. FRANCARIO, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferno (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia Insieme*, 11 novembre 2020.

^[22] Cfr. nota n. 20.

^[23] Cfr. M. MAZZAMUTO, *Il dopo Ranstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia Insieme*, 16 marzo 2022.

^[24] Cfr. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, *cit.*; F. FRANCARIO, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferno (la questione di giurisdizione)*, *cit.*

^[25] Cfr. Cons. St., Sez. IV, 9.02.2015, n. 657; 30.04.1999, n. 753.

^[26] Cfr. Cass. Sez. Unite, ordinanza n. 5636.2022, 21.02.2022, p. 7; nonché, per approfondimenti, Cons. St., Sez. III, 8.01.2013, n. 26; Cons. St., Sez. IV, 17.12.2003, n. 8306.

^[27] Cfr., Cass. Sez. Un., 7.07.2021, n. 19244; 11.09.2019, n. 22711; 27.06.2018, n. 16974.

^[28] Cfr. Cons. St., Sez. V, 28.07.2015, n. 3721; Cons. St., Sez. III, 4.09.2013, n. 4433; Cons. St., Sez. IV, 17.05.2012, n. 2848.

^[29] Per approfondimenti, cfr. Cass., Sez. Un., 4.02.2021, n. 2604; 24.05.2019, n. 14264; 26.11.2018, n. 30526; 9.11.2011, n. 23302.

^[30] Cfr. Cass. Sez. Un., 27.06.2018, n. 16974; 22.04.2013, n. 9687; 4.10.2012, n. 16848.

^[31] Cfr. Cass., Sez. Un., 19.12.2018, n. 32773; 6.06.2017, n. 13976; 3.07.2012, n. 11075.

^[32] Cfr. Cass., Sez. Un., 17.12.2018, n. 32622; 17.11.2015, n. 23460; 4.02.2014, n. 2403.

^[33] Per approfondimenti sul principio di legalità, v. G. CORSO, *Il principio di legalità*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, 2020, p. 43 ss.; A. BARTOLINI, A. POGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAIITTA (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 79 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, *Atti del 53° Conv. Di Studi Amministrativi*, "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia", Varenna, 20-22 settembre 2008; F. CINTIOLI, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali. "Dove non può la Costituzione può la legge statale?"* Ossia, "la trasversalità oltre se stessa", in GC, 2008, 3072 ss.; P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law*, in *Public Law*, 1997, 467 ss.

^[34] Cfr. B. SORDI, *Il controllo della discrezionalità nei modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa. Qualche spunto per uno studio storico-comparativo*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, a cura di S. TORRICELLI, 2018, p. 31 ss.; F.G. SCOCA, *C'è spazio nel diritto amministrativo per l'abuso del diritto?*, in G. FURGUELE (a cura di), *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, Napoli, 2017, p. 180; A. ORSI BATT'AGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, 2005, p. 155; E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VII, 1992, p.529 ss.; A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, III (1892), pt. IV, p. 1 ss.; L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école impériale des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 1869.

^[35] Cfr. P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1979. Per approfondimenti, v. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, XIII, 1964; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007.

^[36] M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939.

^[37] Cfr., per approfondimenti, C. MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, 136.

^[38] In tema, si consulti D. DE PRETIS, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia: il percorso delle riforme*, Napoli, 2016, 210; *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, a cura di S. TORRICELLI, Torino, 2018; A. POGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, 236.

^[39] Cfr. A. POLICE, *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione repubblicana*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, cit., p. 41 ss.

^[40] Cfr. D. SORACE, *Noterelle sullo spazio tra leggi e principi e tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale*, in G. PIZZANELLI (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo – Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Napoli, 2017, p. 196.

^[41] Cfr. S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, p. 11; F. DONNAT, *Le contrôle juridictionnel des institutions et de l'administration de l'Union*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Traité de droit administratif européen*, Paris, 2011, p. 247.

^[42] Cfr. i rilievi espressi in Cass. Sez. Un., 8.04.2022, n. 11456; Cass. Sez. Un., 2.2.2018, n. 2582; Cass., Sez. Un., 28.4.2011, n. 9443; Cass., Sez. Un., 3.11.1998, n. 5922; Id., 3.7.1993, n. 7288; Id., 1.8.1994, n. 7148; 5.8.1994, n. 7261; Id., 14.1.1997, n. 313; Id., 22.9.1997, n. 9344.

^[43] Cfr. G. AMOROSO, *Il giudizio civile di cassazione*, in *Pratica giuridica*, seconda serie diretta da O. Fanelli, 2019, Giuffrè, 2019, p. 120 ss.

^[44] Cfr. Cass., Sez. Un., 17.02.2012, nn. 2312 e 2313.

^[45] In chiave critica, cfr. R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, cit.

^[46] Cfr. Cass. Sez. un., n. 1013.2014; nonché quanto sancito dall'art. 7, co. 1, d. lgs. n. 3.2017.

^[47] Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. Un., 8.04.2022, n. 11528; Cass., Sez. Un., n. 8093.2020; Cass., Sez. Un., n. 11929. 2019; Cass., Sez. Un., n. 30974.2017; Cass., Sez. Un., n. 1013.2014.

^[48] Cfr. Cons. St., n. 4266.2016; Cons. St., n. 4616.2015.

^[49] Cfr., in particolare, Corte EDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia; Corte EDU, Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia; nonché, tra gli altri, Cons. St., n. 1596.2015.

^[50] Per approfondimenti, v. R. CHIEPPA, C.D. PIRO, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Trattato sui Contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS, I, 2019, p. 577 ss.; M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenza di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione (Atti del LXI Convegno di scienza dell'amministrazione, Varenna, 17-19 settembre 2015)*, Milano, Giuffrè, 2016, 263 ss.; A. HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, n. 1, 184.

^[51] Cfr. l'art. 45, par. 2, lett. d), direttiva 2004/18/CE, nonché l'art. 57, direttiva 2014/24/UE.

^[52] In altro settore dell'ordinamento, si profilano interessanti i rilievi promananti dal recente pronunciamento della Cassazione, Sezioni Unite, n. 41994 del 30 dicembre 2020, ove si giunge ad affermare la valenza di "prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale" soltanto successivamente all'adozione di un provvedimento definitivo da parte dell'Authority (prov. n. 55/2005). Per approfondimenti sul tema, tra gli altri, v. G. MORA, *La fideiussione in violazione della disciplina antitrust*, in *Banca borsa e titoli cred.*, VI, 2021, p. 838 ss.

^[53] Sul tema della rilevanza da attribuire al provvedimento di accertamento dell'illecito concorrenziale, si consulti, tra gli altri, il parere dell'AGCM del 13 febbraio 2018, *AS1474 – Linee guida n. 6 dell'Autorità nazionale anticorruzione – contrattualistica pubblica*, in *Bollettino*, n. 6/2018.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2450 – 9 settembre 2022

Il Consiglio di Stato nega la legittimazione del promissario acquirente all'impugnazione dei titoli edilizi (nota a Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2022, n. 1768)

di Marco Magri

Sommario: 1. Una vicenda particolare: il promissario acquirente come “terzo”. – 2. Il predicato territoriale della *vicinitas*. – 3. La soggettivazione non dominicale dell'interesse al vaglio della teoria della “norma di protezione” (o della “qualificazione normativa”). – 4. Conseguenze: il capovolgimento dell'esito di primo grado e la “delegittimazione” del promissario acquirente. – 5. Conclusioni.

1. Una vicenda particolare: il promissario acquirente come “terzo”.

Questa sentenza va probabilmente esaminata oltre i confini dell'orientamento giurisprudenziale riguardante la posizione del promissario acquirente rispetto all'esercizio delle funzioni amministrative in materia edilizia^[1].

Bisogna infatti attribuire il giusto rilievo alle particolarità della vicenda che aveva dato origine al contenzioso: il promissario acquirente, venuto a conoscenza di abusi edilizi ulteriori a quelli dichiarati dal promittente venditore, si era rifiutato di stipulare il contratto definitivo e aveva incardinato un giudizio civile nel quale chiedeva l'accertamento della risoluzione del contratto preliminare per inadempimento del venditore, oltre al rimborso del doppio della caparra confirmatoria.

Con il successivo ricorso al TAR il promissario acquirente aveva domandato l'annullamento del permesso in sanatoria che disponeva il condono dell'immobile, ritenendo che

l'accertamento dell'illegittimità dei titoli edilizi impugnati gli avrebbe consentito di «dimostrare, nel corso del giudizio civile, che l'immobile oggetto del contratto preliminare di compravendita era interamente abusivo». Ciò avrebbe confermato «l'inadempienza degli obblighi di venditore (...) e il riconoscimento a suo favore del diritto ad ottenere il doppio della caparra versata».

Si tratta quindi di un caso in cui il promissario acquirente non vantava una relazione qualificata con l'immobile; anzi, sul piano giuridico era a tutti gli effetti un "terzo", rispetto al rapporto giuridico tra il promittente venditore e l'amministrazione che gli aveva rilasciato il permesso di costruire in sanatoria[2].

Inevitabile, inoltre, riconoscere nell'interesse vantato dell'acquirente la più classica ipotesi di interesse "strumentale", dato che il "bene della vita" a cui tendeva l'impugnazione del permesso non consisteva nel recupero delle facoltà di godimento del bene, ma nella *chance* di vedere accolta dal giudice ordinario una pretesa di natura risarcitoria[3] consequenziale alla risoluzione del contratto.

La degradazione di questo interesse a mero interesse di fatto, da parte del Consiglio di Stato – che in riforma della pronuncia di primo grado ha dichiarato il difetto di legittimazione ad agire – sollecita interrogativi processuali più ampi: suggerisce di utilizzare questo caso per riflettere direttamente sul criterio utilizzato dal giudice per accertare la titolarità dell'interesse legittimo del "terzo" (e, ancor più complessivamente, dell'interesse legittimo come figura giuridica soggettiva).

2. Il predicato territoriale della *vicinitas*.

Il permesso di costruire rappresenta da sempre un settore privilegiato per l'emersione di problematiche attorno all'interesse legittimo, specie per la rilevanza della specifica e ormai tradizionale discussione sui limiti dell'interesse del "terzo" a che il Comune eserciti correttamente i propri poteri (autorizzativi, di vigilanza e controllo) nei confronti del titolare dell'attività edificatoria[4].

La prassi giurisprudenziale, ribadita anche di recente[5], è quella di valutare la titolarità della situazione di interesse legittimo del terzo (dunque la sua legittimazione alla proposizione del ricorso) in termini di stabile collegamento tra la sua proprietà e l'area oggetto dell'intervento edilizio. Alla base di questo criterio, cd. *vicinitas* territoriale, regge ancora la vecchia nozione di «insediamento abitativo», «stabile ubicazione» o «radicazione in loco» dei propri «interessi di vita», familiari, economici o relativi ad altri «qualificati e consolidati rapporti sociali»[6].

La legittimazione del terzo a impugnare il permesso di costruire dipende dunque dal riscontro caso per caso di questi requisiti e, in fin dei conti, da un apprezzamento largamente discrezionale del giudice. Dovrebbe tuttavia reputarsi fuori discussione, almeno, che lo stabile collegamento tra la proprietà del terzo e l'area oggetto dell'intervento edilizio non equivalga necessariamente alla situazione legittimante l'azione civile a difesa della proprietà contro la turbativa provocata dall'attività edificatoria, ma possa essere oggetto di un'indagine dai parametri più ampi, elastici ed "inclusivi".

Sempre si ricorda infatti che il teorema della *vicinitas* risale alla celebre sentenza del Consiglio di Stato “correttiva” del significato fatto palese dall’art. 10 comma 9 della legge-ponte^[7], che consentiva a *chiunque* l’impugnazione delle licenze^[8]. Il legislatore, «per colpire il fenomeno dell’abusivismo (...) chiamava propriamente a collaborare e vigilare i membri della comunità»^[9]. Ma il Consiglio di Stato non vi riconobbe i caratteri dell’azione popolare e ne trasse piuttosto l’idea di una legittimazione allargata, per la quale «è sufficiente che ci sia un collegamento giuridico del soggetto con una non effimera situazione sulla quale incidono gli effetti dell’atto»^[10].

Rielaborato nella formula della *vicinitas*, il criterio ha ricevuto conferme sempre più numerose e può ritenersi oggi un meccanismo consolidato di individuazione dell’interesse legittimo del terzo. La sua funzione regolativa dell’accesso al merito del giudizio amministrativo fa sì che le norme di edilizia risultino più stabilmente amalgamate agli interessi pubblici e, almeno in parte, sollevate dal compito suppletivo che sembrava loro affidato dalle disposizioni del Codice civile del 1942.

Comunque sia, in termini di allargamento dell’area degli interessi tutelabili in sede giurisdizionale, i passi in avanti sono stati enormi rispetto alla situazione di un tempo: quando l’impugnazione al Consiglio di Stato della licenza era un semplice predicato della “doppia tutela” del proprietario contro la violazione di regolamenti edilizi integrativi del codice civile^[11]. D’altra parte le Sezioni Unite sottolineavano che il potere di reprimere degli abusi era ampiamente discrezionale, arrivando su queste basi a negare che il terzo – fermo il suo diritto di chiedere in sede civile il risarcimento del danno e la riduzione in pristino (art. 872 c.c.) – potesse vantare interessi legittimi di tipo “pretensivo” davanti al Consiglio di Stato, ad esempio l’interesse a che il Sindaco emanasse un’ordinanza di demolizione di una costruzione abusiva (art. 32 legge 17 agosto 1942, n. 1150). La riprova ne è, in un caso alquanto dibattuto, l’annullamento per difetto di giurisdizione di una sentenza del Consiglio di Stato che aveva accolto il ricorso avverso il silenzio-rifiuto del Comune di demolire costruzioni realizzate da altri in difformità dai regolamenti edilizi^[12].

Ora queste asimmetrie non hanno più ragione di essere e concordemente si ammette che il “terzo” sia legittimato a chiedere la tutela del proprio interesse legittimo, dinanzi al giudice amministrativo, contro una pluralità di situazioni patologiche, tramite azioni anche diverse da quella di annullamento: il rilascio di un permesso illegittimo, l’omissione dell’obbligo di vigilanza sugli abusi edilizi, l’inadempimento del dovere di controllo e di eventuale interdizione della SCIA; nonché – come nel caso che ci occupa – l’illegittimo esercizio del potere di sanatoria^[13].

Resta da dire che la *vicinitas* soddisfa il solo requisito della legittimazione; è condizione necessaria, ma non sufficiente all’ammissibilità del ricorso. Occorre anche l’interesse ad agire: lo specifico pregiudizio allegato dal ricorrente, che può riferirsi al godimento dell’immobile o al suo deprezzamento, ma anche – come ha precisato la Plenaria – alla compromissione della salute e dell’ambiente in danno di coloro che sono in durevole rapporto con la zona interessata^[14].

3. La soggettivazione non dominicale dell’interesse al vaglio della teoria della “norma di protezione” (o della “qualificazione normativa”).

Fatta questa lunga premessa (col rischio, anzi la certezza di aver detto cose fin troppo note) rimane il dubbio su cosa debba fare il giudice amministrativo quando il ricorrente allega una *vicinitas* “non territoriale”, si afferma cioè titolare di un interesse legittimo basato non su relazioni di prossimità tra fondi o tra luoghi, ma su un altro tipo di situazione soggettiva “collegata” all’atto impugnato.

Sappiamo che una famosa variabile della *vicinitas* edilizia è la “*vicinitas commerciale*”: il “bacino di utenza” corrispondente a uno spazio fisico più ampio di quello del permesso edilizio, entro il quale si consuma il confronto tra il ricorrente e il titolare dell’attività concorrente, autorizzata con l’atto impugnato^[15].

A ben vedere, peraltro, nel ragionare di “*vicinitas commerciale*” si rimane pur sempre nell’ambito di una relazione determinata dalla distanza fisica o geografica, dunque di un criterio il cui contenuto non è troppo dissimile dall’altro. Inoltre, specie se si considera la concorrenza come un naturale attributo della libertà di iniziativa economica privata, è perfettamente accettabile l’idea che le norme regolatrici delle autorizzazioni, rilasciate al concorrente, “prendano in considerazione” e in qualche misura “investano” e perciò “qualifichino” la posizione del terzo.

Il vero salto di qualità lo si compie quando si assumono a termini di confronto le situazioni dei terzi *in difesa del cui interesse non è stata scritta la disposizione di legge che sia assunta essere stata violata*^[16]; i “non destinatari” dell’investitura, i soggetti che invocano, contro l’amministrazione, una norma non “pensata” per loro, che non ha “voluto” farli entrare in rapporto con l’amministrazione e che perciò, ovviamente, non sono stati “presi in considerazione” nemmeno dall’amministrazione stessa^[17].

Al giudice amministrativo si aprono allora due strade: 1) escludere la legittimazione di tali soggetti; 2) ammettere, se non altro come possibilità, che interessi legittimi possano sorgere anche dall’interessamento del singolo a norme che non lo hanno previsto come destinatario dell’atto amministrativo. Come per la *vicinitas* territoriale, una volta esclusa l’azione popolare – e confermato che un interesse è giuridicamente rilevante quando è basato sull’ordinamento – l’idoneità di una norma (singola) a dar vita a interessi legittimi può, a volte, presumersi cristallizzata nella sua “volontà protettiva”; ma può benissimo accadere che la norma invocata dal ricorrente contro l’atto amministrativo protegga, magari per caso fortuito, un interesse che su di essa *non si fonda* e che neppure si concretizza in un *rapporto con l’amministrazione*. Il caso da cui nasce la sentenza in esame ne è un tipico esempio: l’interesse del promissario acquirente si basa sul Codice civile ed ha come controparte del rapporto il promissario venditore, non l’amministrazione. L’interesse del promissario venditore al condono dell’immobile si basa sulle leggi di sanatoria e, inoltrata l’istanza di condono, ha come controparte del rapporto l’amministrazione, non il promissario acquirente. Ciò significa forse che l’amministrazione, nell’esercizio del potere conferitole dalle leggi sul condono, *non può ledere* l’interesse del promissario acquirente? Certamente no. Tutto dipende da cosa è concretamente successo, dall’esposizione sommaria dei fatti (art. 40 c.p.a.): dalla persuasività dell’*affermazione*, che è opera del ricorrente ed è svolta, per così dire, a suo rischio e pericolo. Ora si potrebbe discutere a lungo, se nel processo amministrativo l’affermazione del ricorrente contribuisca alla formazione dell’oggetto del processo^[18] o se debba restarne rigorosamente estranea, onde evitare che l’oggetto del processo finisca per coincidere con una situazione soggettiva «creata dal giudice per il tramite dell’ammissibilità dell’azione»^[19]. Sta di fatto, per quanto ora interessa, che il rischio di “creatività” è insito anche nell’ipotesi

inversa: quando il giudice dichiara l'*inammissibilità* del ricorso, constatando che l'amministrazione non aveva il dovere di applicare la legge nei confronti del ricorrente, il quale viene di conseguenza assimilato al *quivis de populo*.^[20]

La prospettiva adottata dal giudice amministrativo è generalmente la prima, in misura crescente da quando l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha precisato che tra le condizioni dell'azione di annullamento rientra il "titolo, o possibilità giuridica dell'azione" ^[21]; ma non pare che da essa si desuma una convincente ricostruzione della legittimazione: più che altro, l'impressione è che la giurisdizione amministrativa si alimenti impropriamente dei principi sull'attività amministrativa discrezionale^[22], che – questa sì – non può volgere alla soddisfazione di interessi diversi da quelli che la legge ha voluto mettere in rapporto con l'amministrazione.

Non stiamo parlando degli interessi diffusi, per i quali vale un altro genere di considerazioni^[23]. Troviamo nella giurisprudenza amministrativa interessi che si direbbero, più semplicemente, "squalificati" dal giudice, perché non rispondenti alla teoria della "norma di protezione", automaticamente assegnati all'area dei cosiddetti interessi dipendenti (utili solo a un eventuale intervento nel giudizio).^[24]

Solo in tempi recenti – la qual cosa è spesso sottovalutata – l'individuazione dell'interesse legittimo per mezzo della "teoria della qualificazione normativa" è stata sostenuta in chiave prescrittiva, allo scopo di offrire un'immagine razionalizzata della presenza del "terzo" nel processo^[25], senza darsi carico della «grave difficoltà di riconoscere i casi in cui esiste una qualificazione normativa»^[26] e, in ultima analisi, dell'esaltazione della "creatività" del giudice amministrativo: altra conseguenza, non sempre sottolineata, alla quale conduce il dogma della "qualificazione".

Ora il discorso dovrebbe essere portato a una dimensione più ampia, certamente inadeguata ai fini di queste brevi annotazioni. Una cosa però va detta chiara: un'assiduità esasperata, da parte giurisprudenza amministrativa, nell'affidare il vaglio di ammissibilità del ricorso al teorema della norma di protezione può avere esiti appaganti, quanto portare, se praticata con eccessivo rigore, a conseguenze contrarie al più comune buon senso. Lo dimostrano alcuni esempi di interesse legittimo "squalificato": quello del datore di lavoro a impugnare il rigetto del visto d'ingresso adottato dal consolato italiano all'estero, nei confronti del lavoratore, cittadino straniero, che il datore di lavoro ha già regolarmente assunto dall'Italia (autorizzato dal Prefetto)^[27]; quello dell'ex amministratore di società di capitali a impugnare l'interdittiva antimafia emessa nei confronti della società, nella quale si indica l'ex amministratore come soggetto sospettato di collegamento con la criminalità organizzata^[28]; quello dell'operatore economico partecipante a una gara d'appalto, legittimamente, ma non «definitivamente» escluso (art. 2-bis Direttiva 89/665/CE del 21 dicembre 1989), a impugnare l'aggiudicazione disposta dalla stazione appaltante^[29].

In tutti questi casi – esattamente come, nella vicenda di specie, è accaduto al promissario acquirente – l'interesse è stato declassato dal giudice amministrativo a interesse strumentale, non giuridicamente "protetto", equiparato a quello del *quivis de populo*, la cui ammissione alla tutela di merito implicherebbe la violazione del divieto di sostituzione processuale; quindi considerabile tutt'al più come titolo idoneo a un intervento *ad adiuvandum* nel giudizio di annullamento (ipotetico, quanto improbabile, per non dire impossibile) promosso dal "vero" legittimato.

L'aspetto in discussione – sia chiaro – non è la possibilità che la teoria della norma di protezione sia applicata nel processo amministrativo; è l'idea che essa debba *sempre* essere seguita, non essendovi criteri alternativi di individuazione dell'interesse legittimo e di accertamento della legittimazione ad agire: in questo senso si risolve in una esclusione standardizzata, senza alcuna possibilità di bilanciamento (verrebbe da osservare, polemicamente, una "teoria della delegittimazione ad agire").

4. Conseguenze: il capovolgimento dell'esito di primo grado e la "delegittimazione" del promissario acquirente.

Nell'economia di questo breve commento ci si può solo chiedere, alla luce di quanto detto fin qui, se l'interesse del promissario acquirente fosse davvero un interesse di mero fatto e fino a che punto sia condivisibile la soluzione adottata dal Consiglio di Stato. Sia consentito riprendere brevemente la vicenda.

La pronuncia di primo grado^[30] aveva annullato due permessi di costruire in sanatoria rilasciati, in applicazione delle leggi sul condono edilizio (28 febbraio 1985, n. 47 e 23 dicembre 1994, n. 724), alla società proprietaria di un immobile ubicato in area sottoposta a vincolo paesaggistico. Si trattava per la precisione di un ristorante, costruito lungo sponde di un lago, sul quale erano stati eseguiti a più riprese lavori di ampliamento abusivo che avevano portato a una modifica complessiva di entità piuttosto rilevante (nel processo era stata documentata la parziale colmatatura delle acque lacustri e realizzazione di una terrazza di 285 mq. su palafitte).

La sanatoria^[31] era stata giudicata, dal TAR, non conforme a legge per una serie di motivi: la parziale realizzazione degli interventi abusivi su area appartenente al demanio dello Stato; l'esecuzione di lavori di ampliamento in epoca successiva al termine stabilito dalla legge n. 47/1985 per la proposizione dell'istanza di condono; la contrarietà dell'atto di sanatoria al parere negativo della Soprintendenza; la realizzazione di una cubatura complessiva (oltre 2200 mc.) non condonabile perché superiore al limite di 750 mc. stabilito dalla legge n. 724/1994.

Gli argomenti che hanno portato alla riforma della sentenza sono, come si accennava, legati al profilo delle condizioni dell'azione.

Il TAR aveva accolto due ricorsi riuniti (per connessione oggettiva): il primo era stato proposto dalla promissaria acquirente, l'altro da una persona «qualificatasi come proprietaria confinante», la quale aveva sostenuto di avere "*interesse a ricorrere*" per «*i per danni alla sua proprietà, provocati anche da diminuzione di panoramicità, visibilità, visualità e godibilità, conseguenti all'edificazione dell'immobile di cui è causa*». Questo ricorso era stato ammesso dal Giudice di primo grado «in ragione della sussistenza del requisito della *vicinitas* che, per giurisprudenza consolidata, legittima il proprietario confinante ad impugnare i titoli edilizi rilasciati a favore del vicino controinteressato (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 24 dicembre 2020, n. 8313)».

Anche qui il Consiglio di Stato è andato di diverso avviso, cogliendo l'occasione per ribadire l'indirizzo, espresso dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 22 del 2021, secondo il quale la legittimazione dei terzi all'impugnazione di titoli edilizi non è soddisfatta dall'allegazione

della *vicinitas*, ma richiede l'allegazione e, se necessario, l'autonoma dimostrazione di un concreto ed effettivo "pregiudizio". Nel caso di specie la ricorrente si era limitata a generiche allegazioni in merito al deterioramento della qualità della vita (valori storici, culturali, ambientali), che per i giudici d'appello si ancorava a una «percezione personale del tipo di luogo in cui si vorrebbe vivere e non a parametri oggettivi che sono, invece, gli unici dai quali partire per fissare l'aumento o la diminuzione di valore di un bene immobile».

Quanto alla legittimazione del promissario acquirente, il TAR aveva trattato i profili d'inadempimento del contratto preliminare in modo per così dire pragmatico: come «questioni indubbiamente conoscibili dal giudice civile, ma che in questa sede rilevano per affermare la sussistenza di un interesse a contestare i provvedimenti impugnati, al fine di far valere in quella sede il loro annullamento».

Il Consiglio di Stato ha invece ritenuto che la promissaria acquirente fosse estranea «alle vicende relative ai titoli edilizi sugli immobili oggetto del contratto preliminare» e che soltanto «in sede civile», semmai, essa avrebbe potuto «far valere quelle vicende al mero fine di definire i rapporti giuridici sorti tra le parti».

«Lasciando da parte ogni considerazione sviluppata dagli appellanti circa l'effettiva sussistenza di detto ruolo (ad esempio: il fatto che al momento della proposizione del ricorso il contratto aveva cessato di produrre effetti) occorre rilevare che la posizione di promissario acquirente non è idonea a fondare la legittimazione a ricorrere. Già da tempo il Consiglio di Stato (sez. IV, 12/04/2011, n. 2275) ha affermato il principio secondo il quale non può ritenersi legittimato ad impugnare il provvedimento con il quale un Comune ha annullato in autotutela un piano di lottizzazione, il promissario acquirente del terreno interessato dal medesimo piano di lottizzazione, ove questi, nonostante la stipula del contratto preliminare di compravendita dell'area, non abbia acquisito la effettiva e materiale disponibilità del terreno stesso, che si potrebbe configurare in caso di preliminare cd. ad effetti anticipati, con il quale quantomeno si anticipa l'effetto della consegna dell'immobile. Nella specie, [la promissaria acquirente] non ha mai acquistato il possesso o la detenzione o, ancora, la materiale disponibilità del bene, per cui non si è radicata in capo ad essa alcuna posizione giuridica diversa dall'interesse di mero fatto. Più di recente, il Consiglio di Stato ha chiarito in maniera più specifica la reale situazione ricoperta dal promissario acquirente in un passaggio della motivazione della sentenza n. 6961 del 14 ottobre 2019 che di seguito si riporta: "Rispetto agli interessi pretensivi, il potere di conformazione e di autorizzazione edilizia investe infatti in via diretta ed esclusiva il proprietario della res, in capo al quale l'interesse si appunta, mentre il vincolo obbligatorio che si instaura tra il promittente venditore ed il promissario acquirente fa sì che le modalità di esercizio del potere riverberino, sulla posizione del secondo, effetti solo indiretti relegando la posizione di quest'ultimo, nell'ambito della relazione pubblicistica, a quella di titolare di un mero interesse di fatto. Tali effetti indiretti rilevano invece sul piano civilistico dell'esatto adempimento e quindi nell'ambito della relazione contrattuale, giammai in seno alla relazione procedimentale dove il proprietario resta l'interlocutore esclusivo della vicenda dinamica del potere. Ne discende che rispetto a tutti gli interventi edilizi via via autorizzati sulle unità immobiliari promesse in vendita, l'odierno appellante [...] è privo di una situazione giuridica soggettiva idonea a differenziarne la posizione e quindi a radicarne la legittimazione, non potendosi ritenere idoneo a tale scopo il mero vincolo obbligatorio che ha ad oggetto la prestazione (nella specie del consenso richiesto per il perfezionamento del contratto) non l'esercizio di un potere"».

La sostanza della motivazione è molto chiara: per il Consiglio di Stato la difesa del diritto di credito è un affare di esclusiva pertinenza del giudice civile e non può convertirsi nella potestà di proporre ricorso agli organi di giustizia amministrativa; il che, si può aggiungere, sarebbe invece normale se ad agire in giudizio nei panni del "terzo", per far valere l'illegittimità del

permesso di costruire, fosse il titolare del diritto di proprietà di un immobile vicino. Non per nulla, l'eccezione è la consegna anticipata dell'immobile al promissario acquirente, che dà vita a una situazione di fatto (materiale disponibilità) somigliante a un diritto dominicale; ulteriore riprova che il diritto relativo non ha la forza bastevole alla individuazione di un interesse legittimo tutelabile dinanzi alla giurisdizione amministrativa.

Probabilmente sulle considerazioni del Consiglio di Stato ha esercitato una certa influenza l'idea che il giudizio d'inadempimento del preliminare contratto abbia, in sé, l'autonomia necessaria alla tutela del promissario acquirente.

Il recesso dal contratto preliminare per abusi edilizi è tuttavia una fattispecie che merita una particolare attenzione. Stando alla giurisprudenza civile, la nullità di cui all'art. 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 trova applicazione ai soli contratti con effetti traslativi e non anche a quelli con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita^[32]. Non è data quindi al promissario acquirente azione di nullità, ma solo di adempimento o, come nella vicenda di specie, di risoluzione del contratto per inadempimento (con restituzione del doppio cella caparra).

La validità del contratto preliminare avente ad oggetto un immobile abusivo ha però una seconda conseguenza, anch'essa desumibile dalla giurisprudenza civile, proprio nel caso di condono dell'immobile successivo al recesso dell'acquirente. In questo frangente, infatti, il rilascio del permesso in sanatoria, regolarizzando la condizione giuridica dell'immobile, realizza la condizione che rende possibile per il venditore, interessato alla stipula del contratto definitivo, l'azione costitutiva di trasferimento di cui all'art. 2932 c.c. contro il compratore^[33]. Non è questo – o meglio non è dato sapere se sia questo – il caso di specie. Se però il condono determina automaticamente l'illegittimità del recesso dell'acquirente, esercitato a causa dell'abuso (tanto da permettere al venditore di agire per l'esecuzione dell'obbligo di contrarre), a maggior ragione impone una valutazione d'infondatezza della domanda di risoluzione per inadempimento proposta dall'acquirente stesso.

Questi meccanismi sono rimasti sfuocati agli occhi del giudice. La legittimazione ad agire, secondo la giurisprudenza, implica l'*irrelevanza dell'affermazione* e la necessità di ricercare l'*effettiva titolarità* dell'interesse legittimo^[34]. Se il giudice avesse voluto procedere in questo modo, gli sarebbe stato più facile seguire la strada di un'analisi approfondita del diritto del promissario acquirente, che avrebbe restituito la reale consistenza dell'interesse vantato dal ricorrente. Affidandosi invece ai dogmi della "teoria generale", il giudice ha finito per mettere, tra sé e i fatti di causa, uno schermo protettivo che gli ha impedito di vedere l'interesse così come protetto dall'ordinamento (a tutto vantaggio, evidentemente, dell'amministrazione).

Con ogni probabilità, la chiave di lettura della sentenza sta nella fiducia del Consiglio di Stato verso l'unico strumento di tutela rimasto all'acquirente, vale a dire il potere del giudice civile di disapplicare il permesso di costruire in sanatoria^[35].

Non è un esito nuovo né sorprendente, se si pensa che, com'è stato da tempo osservato, anche nei casi più "classici" – nei quali cioè il permesso di costruire in sanatoria viola le norme sulle distanze tra le costruzioni, quindi la proprietà del terzo (art. 873 c.c.) – il carattere peculiare dell'istituto del condono, che impedisce alla pubblica amministrazione di sindacare il rispetto delle distanze, ostacola l'individuazione dell'interesse legittimo e lascia a

disposizione del terzo la sola tutela civile, previa disapplicazione del permesso di costruire in sanatoria; nel che si sono ravvisate alcune “crepe” nel concetto stesso di “doppia tutela”^[36].

Il restare affidato al potere di disapplicazione dell’atto amministrativo da parte del giudice civile mette però alquanto in sott’ordine il promissario acquirente rispetto al promissario venditore, «interlocutore esclusivo della dinamica del potere», che fruisce invece della tutela giurisdizionale di annullamento, in caso di scorretto esercizio del medesimo potere (es. in caso di diniego di permesso in sanatoria).

Già qui ci si potrebbe soffermare, per cercare di comprendere se questo differente trattamento sia ragionevole o non, piuttosto, «sconveniente»^[37]; considerato anche l’interesse pubblico a che gli abusi, se insanabili, non siano condonati, il che avrebbe potuto introdurre nel discorso del giudice un fattore di “bilanciamento” e rendere, se non altro, più elastico il giudizio di ammissibilità del ricorso.

5. Conclusioni.

L’aspetto che più induce a dubitare della correttezza della soluzione adottata dal Consiglio di Stato rimane però l’exasperato formalismo della ricostruzione operata dal giudice in merito alla «dinamica del potere», che è il vero momento di partenza del diniego di legittimazione ad agire del promissario acquirente.

Dal punto di vista dell’amministrazione e dei suoi doveri di esecuzione, è plausibile che il «potere conformativo e autorizzativo» si consumi nella «relazione pubblicistica» con il promissario venditore e non incida, se non indirettamente – appunto, in via di mero fatto – nella «relazione contrattuale» tra privati.

Questo non è però, a ben vedere, se non il metro di valutazione delle ricadute soggettive del *potere amministrativo*; là dove l’accertamento della legittimazione del ricorrente mette in gioco i confini del *potere giudiziario*.

Gli articoli 103 e 113 Cost. destinano la giurisdizione amministrativa non alla protezione dell’efficacia dell’atto, ma alla tutela degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione. Non pare quindi corretto che il giudice rinunci a decidere solo perché l’interesse che sta alla base del ricorso poggia su regole di diritto diverse da quelle dalla cui violazione derivano i vizi dell’atto impugnato.

Non è ora il caso di approfondire; né di prendere una posizione argomentata sulla soluzione data dal Consiglio di Stato al problema della legittimazione del promissario acquirente. Tanto meno è il momento di proclamare principi o massime generali sulla tutela del promissario acquirente nel giudizio amministrativo.

Ci si può domandare, tuttavia, se nella sentenza in esame non vi fosse spazio per un ragionamento più spregiudicato di quello che il giudice ha sviluppato, muovendo dagli schemi teorico-generalisti del potere e del rapporto giuridico.

Non era in discussione che la ricorrente fosse stata promissaria acquirente e che vantasse un diritto di obbligazione verso la venditrice.

L'interesse all'esatto adempimento di un preliminare e, in caso d'inadempimento, alla restituzione del doppio della caparra data non è un diritto assoluto; non dà titolo per vantare prerogative dominicali sull'immobile. E' un diritto di obbligazione che si fonda sull'art. 1385 comma 2 c.c. Questo significa che non è "protetto dall'ordinamento"? Certamente no. Non meno di quanto lo sia il diritto dominicale sull'immobile garantito al proprietario dal Codice civile.

Si dirà che le *norme sul condono edilizio* non hanno considerato l'interesse dell'acquirente tra quelli che entrano in rapporto con l'amministrazione.

Poiché però la protezione di un interesse è o non è accordata *dall'ordinamento* – che è il *tutto*, il complesso *generale* di regole e principi – non si avverte alcuna stortura nel pensare che una disposizione di legge possa essere invocata, contro un provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo, sia a tutela di interessi che essa qualifica, sia a tutela di interessi che essa *non qualifica* e che, a differenza dei primi, non entrano in una "relazione pubblicistica" con l'amministrazione.

Non si vede d'altra parte perché non debba valere, anche per il giudizio amministrativo di annullamento – se si vuol proprio parlare di una legittimazione ad agire concepita sulla "falsariga del processo civile"[38] – la regola per cui l'idoneità della norma a dar vita a situazioni soggettive dipende, più che dalla "qualificazione", dal principio generale del *neminem laedere*, che potrebbe benissimo fungere, anche qui, da criterio di selezione degli interessi protetti (senza con questo incorrere, sempre e necessariamente, in violazioni del divieto di sostituzione processuale).

Ma forse basterebbe riconoscere che l'art. 24 «*ci si presenta (...) come una sorta di norma in bianco la quale aderisce a tutte le norme sostanziali, che attribuiscono diritti o interessi legittimi: queste norme, anche se nulla dispongono (e il più delle volte non dispongono) sulla tutela giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al primo comma dell'art. 24, che mettono automaticamente in moto*»[39], per dubitare che qualche principio sul processo amministrativo avrebbe patito, se il ricorso della promissaria acquirente fosse stato giudicato nel merito, anziché dichiarato inammissibile perché non "qualificato".

Di qui una chiave di lettura conclusiva; non tanto della sentenza, quanto del problema ad essa sottostante. Ovviamente le leggi sul rilascio dei titoli edilizi sono scritte "volendo" che i poteri dell'amministrazione incidano sul regime della proprietà immobiliare; che si rivolgano al proprietario o a chi da esso acquisti la disponibilità dell'immobile o il diritto di costruire. Aggiungiamo pure i titolari di altri diritti *assoluti*, investiti dagli effetti di quei poteri amministrativi attraverso la *vicinitas* "territoriale": sono questi i "terzi", legittimati a "reagire", anch'essi perché dotati di poteri giuridici di disposizione, magari solo materiale, di un immobile.

L'idea che fuori da questo schema, diciamo "più in là" sul territorio, o dove proprio non è la terra il mezzo di collegamento – dove insomma la norma non ha *voluto* che arrivassero gli effetti del potere – esista solo l'interesse di fatto, del *quivis de populo* (espressione forse troppo

diffusa in giurisprudenza), fa parte di una cultura giuridica senza mezzi termini tipica dell'Italia tardo ottocentesca^[40].

Una sentenza come quella in esame, che ad ogni passaggio cerca nel “potere di volere della norma” la ragione dell’interesse, può far riscoprire il gusto della modernità della giustizia amministrativa e, con riferimento al problema della impugnazione dei titoli edilizi, sollecitare l’interrogativo se la *vicinitas* non meriti un approccio diverso da quello del giurista e amministrativista «di terra»^[41].

Sarebbe bello se le leggi sul rilascio dei titoli edilizi, che nulla dispongono sulla tutela giurisdizionale, permettessero l’accesso al giudice amministrativo non solo agli interessi che *vogliono proteggere*, ma anche, prima di tutto, agli interessi che ledono *ingiustamente*. Tutte le norme dell’ordinamento che attribuiscono diritti potrebbero così combinarsi con quelle sul potere e svolgere, attraverso il processo amministrativo, il loro fondamentale ruolo di qualificazione e di protezione.

Il giudice amministrativo sarebbe – se non altro, nel frangente in cui occupa della legittimazione ad agire – quello che tutti vogliamo: giudice speciale, ma pur sempre giudice o, per meglio dire, un po’ più giudice, e meno amministratore.

[1] Sull’illegittimità dell’ordine di demolizione emesso dal Comune nei confronti del promissario acquirente, TAR Lazio, 18 maggio 2022, n. 6286; per la legittimazione a impugnare un diniego di autorizzazione da parte del promissario acquirente che abbia la materiale disponibilità dell’immobile, Cons. St., sez. IV, 19 aprile 2022, n. 2017 (che in motivazione richiama la pronuncia qui in esame). In merito alla possibilità del promissario acquirente di chiedere il permesso di costruire, quando ad esito della consegna anticipata abbia acquisito la materiale disponibilità dell’immobile, la giurisprudenza non è univoca (a favore TAR Campania, Salerno, 10 giugno 2022, n. 1639; TAR Emilia Romagna, 3 giugno 2022, n. 470; TAR Campania, 18 marzo 2021, n. 1809; *contra*, con richiami a contrastanti indirizzi giurisprudenziali, TAR Liguria, 26 aprile 2022, n. 320; TAR Campania, 24 giugno 2021, n. 4328; TAR Calabria, 10 dicembre 2021, n. 2264; TAR Emilia Romagna, 16 novembre 2021, n. 936). In dottrina, sul tema dei rapporti tra normativa urbanistico-edilizia e circolazione dei diritti immobiliari, M.C. D’Arienzo, *Trasmissibilità dell’interesse legittimo e circolazione dei diritti edificatori tra previsioni codicistiche e suggestioni giurisprudenziali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, 965 ss.; Id., *Trasferibilità dell’interesse legittimo*, Napoli, 2017; F. Scoca, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 468 ss.).

[2] Di qui anche l’eccezione di inammissibilità per carenza di interesse al ricorso, sollevata dal promittente venditore appunto con riferimento alla impossibilità dell’acquirente di vantare alcun titolo giuridico sull’immobile.

[3] Si allude qui al carattere risarcitorio che la caparra confirmatoria acquista quando è oggetto dell’obbligo di restituzione a carico della parte inadempiente, essendo, in questo caso, da interpretare come somma di denaro stabilita in funzione di preventiva forfettaria liquidazione del danno subito dalla parte che ha legittimamente receduto (giurisprudenza pacifica; v. per tutte Cass. civ., sez. II, ord. 12 luglio 2021, n. 19801; sent. 1 agosto 2013, n. 18423)

[4] Sempre fondamentali al riguardo i contributi di A.M. Sandulli ora in *Scritti giuridici*, vol. VI, Napoli 1990, tra i quali si possono ricordare, per attinenza al tema qui trattato (e ovviamente senza alcuna pretesa di completezza), *Giurisdizione e amministrazione in materia di edilizia urbanistica*, 3 ss.; *Sui mezzi di tutela giurisdizionale del terzo danneggiato da una licenza edilizia illegittima*, 229 ss.; *Sui mezzi di tutela dei terzi lesi da costruzioni «contra legem»*, 263 ss.; *Costruzioni «contra ius» e provvedimenti di sanatoria*, 269 ss.; *Ancora sulla qualificazione giuridica dell’interesse di terzi alla demolizione ad opera dell’autorità comunale di costruzioni «contra ius»*, 303 ss.; *Repressione di abusi edilizi e interesse dei terzi*, 321 ss.; *L’azione popolare contro le licenze edilizie*, 371 ss.

[5] Cons. St., ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22; tra i primi commenti, F. Saitta, *C’era una volta un’azione popolare... mai nata*, in *Riv. giur. edil.*, 2021, 239 ss.; S. Tanquilli, *Sull’incerto rapporto tra vicinitas e “vicinanza della prova” dopo la pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22/2021*, in *Il processo*, 2022, 201 ss.; M. Ceruti, *La vicinitas non basta a dimostrare l’interesse al ricorso per l’annullamento dei titoli edilizi. E nella materia ambientale?*, in *RGA online*, 1 maggio 2022.

[6] Cons. St., sez. V, 9 giugno 1970, n. 523, in *Foro it.*, III, 201 ss. «È dunque questo», proseguiva il Consiglio di Stato, «l'elemento che qualifica l'interesse del singolo e, correlativamente, lo legittima alla tutela giurisdizionale, sempreché, beninteso, egli abbia un interesse concreto, attuale e personale a dolersi dell'illegittimità dell'atto per il pregiudizio effettivo che questo gli ha arrecato e che l'impugnativa tende a rimuovere». Per un'importante trattazione dell'argomento, E. Guicciardi, *La sentenza del chiunque*, in *Giur. it.*, 1970, III, 193 ss.

[7] Articolo 10 legge 6 agosto 1967, n. 765 (sostituzione dell'art. 31 legge 17 agosto 1942, n. 1150): «Chiunque può prendere visione presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di

piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione».

[8] A.M. Sandulli, *L'azione popolare contro le licenze edilizie*, in *Scritti*, cit., loc. cit.; V. Spagnuolo Vigorita, *Interesse pubblico e azione popolare nella legge-ponte per l'urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1967, II, 387 ss.

[9] Cons. St., n. 523 del 1970, cit.

[10] Cons. St., sent. cit.; in argomento, F. Saitta, *L'impugnazione del permesso di costruire nell'evoluzione giurisprudenziale: da azione popolare a mero (ed imprecisato) ampliamento della legittimazione a ricorrere*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2007; Id., *C'era un volta un'azione popolare*, cit.

[11] G. Sciullo, *Concessione edilizia e tutela civilistica fra privati*, in *Riv. giur. urb.*, 1988, 17 e ss.

[12] Cass. civ., ss. uu., sentenza 18 luglio 1961, n. 1746, in *Foro it.*, 1961, I, 1672 ss., con commenti critici di M. Nigro, *L'art. 32 della legge urbanistica e l'individuazione degli interessi legittimi*, *ivi*, 1962, I, 83 ss. e di A.M. Sandulli, *Ancora sulla qualificazione giuridica*, in *Scritti*, cit. loc. cit., malgrado le tesi di questo Autore conducessero, con altra impostazione, a negare l'esistenza di un interesse protetto del terzo. Su quest'ultimo punto, la tesi di Sandulli si opponeva a quella, da cui la Cassazione sembrava aver tratto qualche argomento, di F. Benvenuti, *Violazione delle norme edilizie e poteri di sanatoria del Sindaco*, in *Riv. amm.*, 1958, 1 ss.; cfr. anche G. Vignocchi, *Sui regolamenti edilizi e sulle conseguenze giur. della loro violazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 346.

[13] D'altra parte un analogo allargamento della sfera degli interessi tutelabili contro il permesso di costruire illegittimo si dovrebbe registrare sul versante del destinatario, nel caso in cui il permesso illegittimo, dopo essere stato rilasciato, sia annullato d'ufficio dalla stessa amministrazione comunale o su ricorso giurisdizionale del "terzo": eventualità che, per giurisprudenza oramai pacifica, permette al destinatario proporre l'azione di risarcimento del danno contro il Comune. Che si tratti di un allargamento dell'area degli interessi tutelabili, naturalmente, si può condividere solo se si continua a vedere nel permesso di costruire illegittimo la causa di una lesione originaria dell'interesse legittimo del destinatario, distinta dalla possibile (ma non necessaria) lesione del diritto soggettivo derivante dalla violazione del principio di buona fede, che attrae la controversia nell'ambito della giurisdizione ordinaria. Nulla impedirebbe, cioè, di affermare l'ingiustizia ex sé (anche dove concretamente non vi sia violazione del canone di buona fede) e quindi l'autonoma risarcibilità, dinanzi al giudice amministrativo, del danno che il permesso non conforme a legge arreca direttamente all'interesse legittimo del destinatario; costituendo, l'annullamento, il fatto che rende attuale l'interesse ad agire per il risarcimento (si permetta, per più precisi ragguagli, di rimandare a M. Magri, *Il Consiglio di Stato sul danno da provvedimento illegittimo favorevole*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 704 ss.).

[14] Cons. St., ad. plen., n. 22 del 2021, cit. e dottrina citata *retro*, nota n. 5.

[15] Per questa distinzione, Cons. St., sez. V, 19 novembre 2018, n. 6527. Con riferimento ad altri criteri di collegamento degli interessi legittimi ad atti autorizzativi di insediamenti non residenziali, A. Romano, *Interessi «individuali» e tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Foro It.*, 1972, III, 261 ss.

[16] V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in Id. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1914, 722-723, soffermandosi sulla relazione che «deve correre tra la illegalità del provvedimento e la lesione dell'interesse», considera «affatto ingiustificata» l'impressione che «il far valere, in via di ricorso, una illegalità di un atto amministrativo spetti solo a colui, in difesa del cui interesse era scritta la disposizione di legge che sia assume essere stata violata», perché «il dire che chi propone ricorso debba averci interesse e che quest'interesse debba essere personale, con esclusione di forme analoghe alle azioni popolari, non implica affatto (...) che fra la lesione dell'interesse e la violazione della legge debba esservi una tale intima correlazione (...). L'ipotesi di un nesso fra l'interesse che reclama difesa e la norma obiettiva che tale difesa accordi, è necessariamente implicita nell'esercizio di una giurisdizione vera e propria, appunto perché vi si decide di diritti subbiettivi, dove quel nesso è immancabile». L'opinione di Orlando, pur essendo formulata con riferimento all'attività della IV Sezione del Consiglio di Stato (che non per tutti, com'è noto, era una giurisdizione «vera e propria») rimane una delle più significative enunciazioni del nesso che collega l'interesse legittimo all'ampiezza delle situazioni soggettive tutelate; nel che si è riconosciuto «uno degli aspetti più preziosi della tradizione graziosa e pretoria della giustizia

amministrativa» (M. Mazzamuto, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in questa Rivista, 16 marzo 2022).

[17] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, 113.

[18] Per questa tesi, G. Berti, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970.

[19] Le parole sono di L. Ferrara, *Conclusioni*, in C. Cudia (a cura di), *L'oggetto del processo amministrativo visto dal basso*, Torino, 2020, 328.

[20] La misura della creatività del giudice è data dalla difficoltà di distinguere l'interesse legittimo dall'interesse di fatto, che non si attenua affatto, anzi, nel momento in cui si tratta di decidere se e in che limiti, le norme su cui si fonda il ricorso qualificano interessi (M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., loc. cit.). Anni addietro lo stesso Nigro, com'è noto, mostrò maggiori perplessità in merito alla teoria della "qualificazione normativa", obiettando a chi la sosteneva che il meccanismo di «soggettivazione di una norma di azione, giuridica o di buona amministrazione — sub specie di collegamento alla norma di un interesse legittimo — si muove su di un piano diverso da quello che attiene ai vincoli che gravano sul potere disciplinato dalla norma» (M. Nigro, *L'art. 32 della legge urbanistica*, cit., 85).

[21] Cioè «da situazione giuridica soggettiva qualificata in astratto da una norma, ovvero (...) la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo (Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *Foro it.*, 2014, III, 429 ss.).

[22] Questa perdita di autonomia degli schemi del giudice rispetto a quelli dell'amministrazione era molto visibile nella vecchia tesi della Cassazione, che (con larghi omaggi alla figura dell'eccesso di potere per "sviamento"), ravvisava l'eccesso di potere giurisdizionale nelle sentenze del Consiglio di Stato che annullavano atti amministrativi — secondo le Sezioni Unite — vincolati al solo interesse pubblico, accogliendo il ricorso di interessati non presi in considerazione dalla legge (Cass. civ., ss.uu., n. 1746 del 1971, cit.; 8 maggio 1978, n. 2207, in *Foro it.*, 1978, I, 1090). Per un approccio critico a questo modo di decidere le questioni di giurisdizione, M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677 ss. (delle cui conclusioni bisognerebbe far tesoro anche adesso, che il ruolo si sono quasi "invertiti", per mettere nel giusto rilievo la circostanza che nell'economia di alcune sentenze di rito del giudice amministrativo in tema di difetto di legittimazione, come quella che qui commentiamo, si avverte qualcosa di vagamente simile al «pastrocchio» del «giudice amministrativo che applica il diritto civile»; Id., *op. cit.*, 1714).

[23] Esattamente M. Ceruti, *op. cit.*, dubita che il criterio della *vicinitas* possa essere applicato al di fuori della materia urbanistico-edilizia e, segnatamente, al campo del contenzioso amministrativo ambientale.

[24] Per approfondimenti sul tema, ancora attuale M. D'Orsogna, *L'intervento nel processo amministrativo: uno strumento cardine per la tutela dei terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 381 ss.

[25] G. Mannucci, *I terzi nel processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2016; cfr. L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005.

[26] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., loc. cit.

[27] TAR Lazio, sez. IV, 25 marzo 2022, n. 3381; TAR Lazio, sez. III-ter, 13 settembre 2016, n. 9697.

[28] Cons. St., ad. plen., 28 gennaio 2022, n. 3; sulla quale si vedano R. Rolli e M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e legittimazione all'impugnazione. La necessaria partecipazione dei soggetti direttamente coinvolti (nota a Consiglio di Stato Ad. Plen. N. 3/2022)*, in questa Rivista, 6 aprile 2022.

[29] Cons. St., sez. III, 7 agosto 2019, n. 5606, origine del noto e molto dibattuto "caso Randstad" (dopo l'impugnazione alle Sezioni Unite); ci si permette di rinviare, per tutti, agli scritti di F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in questa Rivista, 11 novembre 2020; Id., *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *federalismi.it*, 16 dicembre 2020; Id., *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia spa*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2022.

[30] Tar Campania, Napoli, sez. VI, 4 giugno 2021, n. 3721

[31] Si parlerà d'ora in poi del provvedimento impugnato al singolare, data la connessione tra i due permessi di costruire controversi ma sostanzialmente unificati dalla circostanza di vertere sullo stesso immobile e di aver prodotto, dal punto di vista dei ricorrenti, un unico effetto lesivo degli interessi legittimi di cui si chiedeva la tutela (per questa impostazione generale, G. Berti, *Connessione e processo amministrativo*, cit.).

[32] Per un esempio recente tra i tanti che potrebbero essere richiamati, Cass. civ., sez. II, 8 marzo 2022, 7521.

[33] Ciò si ricava, a contrario, dalla giurisprudenza che individua nel mancato perfezionamento della sanatoria una causa ostativa all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre Cass. civ., ss.uu., sent. 11 novembre 2009, n. 23825 e Cass. civ., sez. II, sent. 18 settembre 2009, n. 20258, entrambe in *Foro it.*, 2009, I, 2148 ss. Ove però si tratti di difformità solo parziale, la Cassazione sembra ammettere l'applicabilità dell'art. 2932 c.c. anche all'immobile abusivo (Cass. civ. sez. II, 23 novembre 2020, n. 26558; in dottrina, su quest'ultimo aspetto, M.A. Sandulli, *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *federalismi.it*, 2 ottobre 2019, 34).

[34] A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 201; per approfondimenti F. Saitta, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in C. Cudia (a cura di), op. cit., 45 ss.

[35] Che è appunto il meccanismo civilistico operante nel sistema della doppia tutela edilizia (cfr. tra le tante, Cass. civ., sez. II, 4 settembre 2020, n. 18499). Un consistente numero di casi di disapplicazione del permesso in sanatoria si registra anche nella giurisprudenza penale, avendo la Cassazione stabilito e ripetutamente confermato (talvolta senza neppure citare l'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo) che il permesso in sanatoria illegittimo non estingue il reato edilizio (Cass. pen., sez. III, 12 marzo 2019, n. 10799).

[36] L. Viola, *La doppia tutela in ambito edilizio dopo il nuovo Codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 7 ottobre 2021.

[37] Essendo la disapplicazione conseguenza di un accertamento senza efficacia di giudicato, dovrebbero valere a maggior ragione le osservazioni di V. Scialoja, a margine di Cass. Roma, sez. un., 24 giugno 1891, Laurens, in *Foro it.*, 1891, I, 1120, che (con riferimento all'art. 4 dell'allegato E) riteneva «cosa affatto sconveniente l'immaginare che il legislatore abbia accordato più pronta e in certo modo anche più larga protezione amministrativa al semplice interesse, il quale non costituisca un vero e proprio diritto, che a quell'interesse certamente più grave ed elevato, il quale forma contenuto di un diritto; per modo che, mentre il primo potrebbe produrre l'annullamento dell'atto amministrativo (...) il secondo invece potrebbe portare soltanto ad una semplice modificazione dell'atto amministrativo, ristretta a quanto riguarda il caso deciso, dopo avere ottenuta una favorevole sentenza dell'autorità giudiziaria».

[38] Cons. St., ad. plen. n. 9 del 2014, cit.

[39] V. Andrioli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè 2007, 7. Sul dibattito in merito al rapporto tra norma e giurisdizione amministrativa, qui troppo esteso per essere anche solo richiamato, si permetta di rinviare a F. Francario, M.A. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazza*, Napoli, 2017.

[40] «Nella prospettiva oggettiva, e ancor più nell'ambiente ideologico nel quale si è iscritta l'istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato, probabilmente non esistevano troppe vie di mezzo: l'interesse era sentito come individuale, nel senso di proprio a pochi singoli, e quindi tutelabile, oppure diffuso, nel senso di proprio a molti, e quindi non tutelabili» (A. Romano, *op. cit.*, 271). E' d'obbligo a questo proposito il rinvio a E. Cannada Bartoli, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 334 ss., specialmente al richiamo dell'Autore a ciò che «dovrebbe essere chiaro: che al fondo dell'interesse legittimo o, per lo meno, al fondo del comportamento del singolo per la tutela di tale interesse, vi è la utilità privata del cittadino stesso; che il problema dev'essere impostato in maniera formale; e che esso consiste nel giustificare la giuridicità e l'individualità di siffatto interesse. Sembra che tali esigenze sistematiche, epperò positive, siano compiutamente soddisfatte ove si riconosca che l'interesse legittimo ha natura esclusivamente formale, siccome concernente la legittimità degli atti amministrativi e che esso ha come presupposto di qualificazione una situazione di diritto soggettivo» (Id., *op. cit.*, 348).

[41] Usiamo qui liberamente un'espressione formulata, in tutt'altro contesto (ma con impostazione che sarebbe utile anche per il tema qui trattato), da V. Angiolini, *Sulla rotta dei diritti*, Torino 2016, 132.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2291 – 21 aprile 2022

Individuazione dell'interesse legittimo e accertamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, dopo il “caso Randstad”

di Marco Magri

Sommario: 1. *Homo sine pecunia est imago mortis*: l'esclusione di chi non può conseguire il “bene della vita” nella giurisprudenza del Consiglio di Stato - 2. Mera obbiettività dell'accertamento compiuto dal giudice amministrativo per estromettere il ricorrente “assimilato” al *quivis de populo* - 3. La teoria dell'Adunanza Plenaria sulla legittimazione ad agire come “titolo, o possibilità giuridica dell'azione” (e i suoi limiti) - 4. Argomenti in favore dell'annullamento da parte della Corte di Cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., delle sentenze d'inammissibilità del Consiglio di Stato basate esclusivamente sulla “teoria della norma di protezione” (*Schutznormtheorie*).

1. *Homo sine pecunia est imago mortis*: l'esclusione di chi non può conseguire il “bene della vita” nella giurisprudenza del Consiglio di Stato.

La vivace discussione intorno alla sentenza della Corte di giustizia UE, 21 dicembre 2021, C-427/20 (Randstad Italia S.p.A. c. Azienda USL Valle d'Aosta e altri) ha toccato a più riprese il tema della legittimazione al ricorso^{[[1]]} e, con ciò, l'importante profilo teorico dell'interesse legittimo che, secondo parte della dottrina, concerne la sua “individuazione”^{[[2]]}.

I riferimenti a questa fondamentale problematica sono emersi, com'era inevitabile, tra altre questioni poste dal caso Randstad, che ora non è il caso di riportare in dettaglio: a partire dalle prospettive sui rapporti e sui possibili conflitti tra le diverse giurisdizioni^{[[3]]}, ad altre

più legate alla specificità della disciplina comunitaria della questione sollevata dalla Cassazione ^[4].

È innegabile peraltro che l'intera area di confine tra l'interesse legittimo e l'interesse non qualificato (semplice, di fatto, diffuso, popolare, di pura amministrazione, amministrativamente protetto, ecc.) si appresti a registrare una scossa piuttosto violenta, già per il fatto stesso che le Sezioni Unite, chiusa la parentesi della Corte di Giustizia, siano chiamate a statuire sull'accesso alla giustizia amministrativa di quel tipo d'interesse materiale cosiddetto "strumentale", poiché non aspira al conseguimento del "bene della vita" (nel caso di specie, l'aggiudicazione del contratto), ma tende a un'utilità accidentale, costituita dalla probabilità di conseguirlo ad esito del nuovo esercizio del potere amministrativo (sempre nella vicenda Randstad, la ripetizione della gara).

Il problema dell'interesse strumentale, sia pure trasferito e in parte nascosto nella questione della pregiudizialità dell'ordine di esame tra il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente^[5], era in realtà già da tempo all'attenzione delle Sezioni Unite. Ma nella vicenda Randstad la maggior semplicità dell'oggetto del processo porta tutto direttamente in discussione; è possibile pertanto guardare al caso "dal basso", cioè dal punto di vista del cittadino utente^[6].

Non sfugge, certo, che il "cittadino" del cui interesse legittimo si trattava nel caso Randstad non fosse esattamente il prototipo nazionale, giacché la lesione lamentata riguardava una situazione soggettiva conferita e finanche regolata dall'ordinamento comunitario.

Ma, a parte che proprio sotto la spinta del diritto comunitario hanno iniziato a sgretolarsi schemi, come quello della non risarcibilità del danno da lesione d'interessi legittimi, ampiamente sedimentati nel nostro modo di rappresentare gli interessi e le modalità della loro protezione, l'abitudine del Consiglio di Stato di voltare le spalle *in limine litis* all'interesse strumentale non è un trattamento riservato agli operatori economici esclusi dalle gare europee. L'inammissibilità per carenza di qualificazione è un tipo di pronuncia che il giudice amministrativo usa quasi quotidianamente, in guisa del tutto indifferente alla materia entro la quale ricade la controversia, con una sempre più accentuata tendenza alla sentenza dottrinale o all'intervento nomofilattico.

Per stare solo al breve arco di tempo degli ultimi due mesi, due pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ne hanno fatto applicazione ai fini della soluzione di questioni di legittimazione: la sentenza n. 22 del 2021, che ha concluso per l'insufficienza della semplice *vicinitas* a radicare nel ricorrente un interesse legittimo, tale da consentirgli l'impugnativa dei titoli edilizi del terzo (così in sostanza arrivando a prospettare, per un'azione di annullamento, condizioni simili a quelle di un'azione *negatoria servitutis*, art. 949 c.c.); e la sentenza n. 3 del 2022, che ha sancito l'inammissibilità, per difetto di legittimazione, del ricorso proposto da alcuni ex amministratori contro l'interdittiva antimafia comminata alla società di cui erano rappresentanti – tra l'altro, per sospetti di infiltrazioni della criminalità organizzata riferiti proprio alla loro persona – presupponendo che nel nostro ordinamento non possano «*esservi posizioni di interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione nell'esercizio del potere amministrativo conferite dall'ordinamento, che non siano quelle (e solo quelle) che sorgono per effetto dello stesso statuto normativo del potere, nell'ambito del rapporto giuridico di diritto pubblico, (pre)configurato normativamente*»^[7].

Pronunce che hanno confermato quanto sia forte, oggi, la tendenza del Consiglio di Stato a difendersi dal *quivis de populo* o, meglio, dal ricorrente assimilabile al *quivis de populo* (giacché un ricorrente che si “afferma popolare” è una storia più raccontata che empiricamente constatabile).

Se poi si spazia oltre la Plenaria, gli ultimi tempi hanno visto l'emergere di altri casi significativi. La sesta sezione ha ritenuto, ad esempio, che una promissaria acquirente di un immobile sia priva di legittimazione a impugnare il titolo edilizio (condono) rilasciato al promissario venditore, malgrado nel caso di specie la ricorrente avesse allegato, non contraddetta dall'amministrazione, che l'annullamento le avrebbe consentito di dimostrare, in un giudizio civile nel frattempo incardinato contro il promissario venditore, che l'immobile oggetto del contratto preliminare di compravendita era interamente abusivo, donde il diritto ad ottenere il doppio della caparra versata[8]. «Si tratta di questioni indubbiamente conoscibili dal giudice civile», aveva affermato il giudice di primo grado, «ma che in questa sede rilevano per affermare la sussistenza di un interesse a contestare i provvedimenti impugnati, al fine di far valere in quella sede il loro annullamento»[9]. Al che il Consiglio di Stato ha ribattuto, richiamando la propria giurisprudenza, che, non avendo la promissaria acquirente «mai acquistato il *possesso* o la *detenzione* o, ancora, la *materiale disponibilità* del bene, non si è radicata in capo ad essa alcuna posizione giuridica diversa dall'interesse *di mero fatto*».

Ancora, allungando lo sguardo fino alla giurisprudenza di primo grado, sembra degna di attenzione una recente sentenza del TAR Lazio, nella quale è stato confermato che il datore di lavoro, già regolarmente autorizzato (dallo sportello unico per l'immigrazione) all'assunzione del lavoratore straniero (art. 24 D.lgs. n. 286 del 1998), non è legittimato a impugnare il diniego di visto d'ingresso adottato dal Consolato nei confronti del lavoratore[[10]]. I due procedimenti, pur essendo, anche ad avviso del giudice amministrativo, «collegati (nel senso che il secondo presuppone l'avvenuta definizione del primo in senso positivo), restano tuttavia strutturalmente e funzionalmente autonomi». Caratteristiche che «si riflettono sul piano processuale nel senso di escludere la legittimazione del potenziale datore di lavoro (il cui interesse all'assunzione di un lavoratore straniero è preso in considerazione nell'*iter* autorizzatorio presupposto) a impugnare il diniego di visto adottato nei confronti dello straniero, che con la presentazione della relativa domanda ha palesato il suo interesse a entrare nel territorio nazionale». Ciò non vuol dire, precisa il TAR, «che non sussista un concorrente interesse del potenziale datore all'ingresso in Italia di un suo, altrettanto potenziale, dipendente, ma si tratta di un interesse di mero fatto, non azionabile né in sede procedimentale (come risulta dalla disciplina di riferimento) né in sede giurisdizionale»[[11]].

Ecco un caso davvero emblematico, giacché i passaggi sono chiarissimi: l'annullabilità del visto d'ingresso è un'antigiuridicità che non lede l'interesse del futuro datore di lavoro perché le norme sul visto d'ingresso (art. 5 D.lgs. n. 286 del 1998), a differenza di quelle sull'autorizzazione alla costituzione del rapporto di lavoro (art. 24 D.lgs. cit.) non sono scritte “per il datore di lavoro” (quindi non possono “proteggerlo”), ma “per il lavoratore”, unico legittimato a impugnare il diniego (per di più, da Islamabad, dove gli effetti ostativi del diniego lo avevano bloccato).

Così è accaduto anche per la Randstad: esclusa dall'aggiudicazione, dunque «*divenuta*», per il Consiglio di Stato, portatrice «di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque operatore economico del settore, non partecipante alla gara».

A ben vedere, il peccato d'origine dell'interesse "strumentale", secondo il Consiglio di Stato, non è di non essere differenziato e neanche d'essere privo di collegamenti a norme giuridiche (in ciascuno dei casi testé menzionati lo si potrebbe facilmente dimostrare), ma d'essere qualificato solo *soggettivamente*, da una libera decisione del ricorrente su ciò che gli "spetta", non collimante con la massima soddisfazione *obiettiva* che il processo amministrativo di annullamento consentirebbe di ricavare ai formali destinatari del provvedimento impugnato[[12]].

Questo difetto di titolarità, dato dalla non pienezza del diritto sul bene della vita, nella gran parte dei casi viene avvalorato da un ragionamento controfattuale sulla non esclusività o, meglio, della mancanza di personalità dell'interesse ad agire. Sono *altri* infatti, per il giudice, i soggetti destinatari del provvedimento, che ne patiscono gli effetti lesivi e il cui ricorso sarebbe ammissibile, se fosse esperito: quasi a voler dedurre, da questa disomogeneità di condizioni, la trattabilità del caso alla stregua di un'ipotesi di sostituzione processuale fuori dai casi previsti dalla legge.

Lo scrutinio di ammissibilità dell'interesse strumentale finisce così per radicarsi in una logica di confronto che in qualche misura ricorda il criterio – anch'esso impostato sul binomio identità-diversità delle situazioni sostanziali affermate in giudizio rispetto al medesimo provvedimento amministrativo (e sulla esistenza o mancanza di conflitti d'interesse) – adottato dalla giurisprudenza per decidere sull'ammissibilità del cd. "ricorso collettivo". Con la differenza che qui la presa d'atto di un conflitto d'interessi va tutta a protezione del legittimato teorico: quello *individuato* dal provvedimento, anche quando quest'ultimo non è – o con ogni probabilità, non sarà mai – parte del processo (quasi sempre, proprio a causa degli effetti del provvedimento illegittimo).

Si spiega così, tra le altre cose[[13]], la ragione per cui il giudice amministrativo, quando invece non vede nel destinatario del provvedimento un *tertium comparationis*, si dimostra più propenso a riconoscere la legittimazione del ricorrente. Se ne può avere la riprova pensando agli interessi "diffusi" rappresentati in giudizio da soggetti privati esponenziali (fuori ovviamente dai casi di sostituzione processuale), la cui "collettivizzazione" a mezzo di entificazione presuppone la mancanza di differenziazione e lascia pertanto quegli interessi tutti egualmente adespoti[[14]]; oppure si pensi a quel tipo di interesse individuale che, pur mancando di collegamento giuridico al bene della vita, resta confinato nella sfera del ricorrente e conserva una rigorosa consistenza soggettiva, persino "assoluta": alludo all'interesse (kantianamente inteso come) morale[[15]], al quale la giurisprudenza, discrezionalmente, ma tradizionalmente si presta a impartire tutela[[16]].

Ora, tornando alla questione dalla quale poc'anzi s'era partiti, anche il caso Randstad, pur avendo ad oggetto un diritto conferito dall'ordinamento comunitario, non nasce da un problema d'interpretazione del diritto (e del diritto comunitario in specie). La direttiva 89/665/CEE chiarisce quando l'operatore è «definitivamente escluso» (art. 2-bis) e, a termini di direttiva, la Randstad non lo era, avendo impugnato nei termini la propria esclusione dalla gara.

Il motivo della pronuncia di rito negativa deriva dall'applicazione di uno schema di giudizio ben più risalente e rigorosamente domestico, per cui l'interesse di fatto non ha altra spiegazione che il tendere a un bene impoverito rispetto alla categoricità voluta dalla norma. Quando l'interesse legittimo non ha più sotto di sé il diritto soggettivo assoluto, rimane agli

occhi del Consiglio di Stato un simulacro, contornato dalla prospettiva di utilità minori o diverse, per le quali la giurisdizione amministrativa non si dichiara più disponibile. *Homo sine pecunia est imago mortis*[[17]]: se per il ricorrente sfuma l'intera posta in palio, il “bene della vita”, tanto vale «ch'ei si rassegni»[[18]].

2. Mera obbiettività dell'accertamento compiuto dal giudice amministrativo per estromettere il ricorrente “assimilato” al *quavis de populo*.

La scelta di alludere al “fatto”, per denominare l'interesse al quale il diritto (come ordinamento giuridico) rende inaccessibile la giustizia amministrativa, non è peraltro privo di causa.

L'invenzione dell'interesse di fatto, “assimilabile” a quello del *quavis de populo*, si spiega con un bisogno di dare, dell'interesse legittimo, una descrizione dotata di tutto il rigore logico necessario a dimostrare che il giudice amministrativo ha la stessa *forma mentis* del giudice ordinario, e si è oramai lasciato dietro le spalle il modello dell'organo “specializzato”, funzionale alla mera natura pubblica “dell'amministrazione” e non alla giustizia “nell'amministrazione”.

Il giudice amministrativo si trova così a ritessere continuamente la trama del collocamento dell'interesse legittimo tra le altre situazioni giuridiche soggettive, entro una piattaforma concettuale idonea a garantire imparzialità e basi sicure al ragionamento giuridico.

Dobbiamo allora parlare d'un approccio “metodologico”, fondato su uno strumentario privilegiato da molti studiosi del diritto amministrativo, non solo dalla giurisprudenza.

Ci si riferisce a quel giacimento di concetti giuridici che il diritto amministrativo, forse più di altre discipline, crede di poter trovare sulla via della “dogmatica” – una strada, in verità, ampiamente problematizzabile – comunemente definita “teoria generale del diritto”.

Quando il nostro giudice amministrativo ricorre a formule quali la «titolarità», il «rapporto giuridico di diritto pubblico», la «concezione soggettiva della tutela», per declassare il ricorrente a *quavis de populo*, vuol tributare la sua subordinazione a un “diritto comune dei rapporti giuridici” che, in ultima analisi, è principio legittimante del giudice stesso. Il rifiuto di erogare giustizia al *quavis de populo*, motivato sulla base del fatto che costui non avrebbe un interesse “qualificato”, significa infatti, per il giudice amministrativo, risalire a una radice comune, la teoria generale delle situazioni soggettive, adattabile sia all'interesse legittimo che al diritto soggettivo, per avvicinare concettualmente le due figure e dar prova di essere “giudice naturale degli interessi legittimi”, così come il giudice ordinario è “giudice naturale dei diritti soggettivi”[[19]].

Se volessimo poi interrogarci sulla consistenza dell'operazione, dovremmo ricercare le sue radici, chiaramente, non nella giurisprudenza, bensì nella dottrina. «Quand'è che – nel vasto mondo degli interessi che sono prevalentemente interessi di fatto – si è in presenza di un interesse legittimo?»[[20]]. La risposta secondo la quale un interesse è legittimo soltanto se “qualificato” dalla norma, trasferisce il problema sul significato di quest'ultima espressione, la *qualificazione*.

Secondo M. Nigro, qualificazione normativa si avrebbe «quando (e solo quando) l'ordinamento giuridico conferisce una *qualche particolare rilevanza giuridica* ad un interesse materiale, quando l'ordinamento giuridico *lo prende in considerazione*», includendolo «*nella norma organizzativa insieme con l'interesse pubblico alla cui soddisfazione è rivolto il potere*».

Di conseguenza, «l'individuazione dell'interesse legittimo dev'essere compiuta *esclusivamente alla luce della norma regolatrice del potere e delle altre norme che ad essa si collegano*», cosicché la qualificazione di “legittimi” compete soltanto agli interessi materiali che «*che il potere amministrativo doveva tenere presenti nel momento del suo esercizio*»^[21].

In questo modo la tecnica d'individuazione dell'interesse legittimo si coordina, da un lato, con la definizione dell'interesse legittimo in termini di “interesse al bene” e ricalca quindi le coordinate teoriche del diritto soggettivo; su di un altro versante, tuttavia, produce un macroscopico effetto deviante proprio rispetto alla problematica della individuazione del diritto soggettivo: il Consiglio di Stato, nel momento stesso in cui presuppone che gli interessi legittimi meritevoli di tutela siano solo quelli presi in considerazione dalle norme, sta inavvertitamente richiamando la vecchia teoria della “tipicità” dell'illecito civile, il cui carattere precipuo era non distinguere tra la *culpa* e l'*iniuria*, assommando quest'ultima «*nell'elemento soggettivo e cioè nel fatto colposo, nell'idea che, essendo la colpa la violazione di una norma predisposta a tutela dei diritti dei singoli, solo in presenza di un comportamento colposo poteva darsi la lesione di un diritto e quindi un danno ingiusto*»^[22].

Affermare che gli interessi legittimi tutelabili dalla giurisdizione amministrativa sono solo quelli «*che il potere amministrativo doveva tenere presenti nel momento del suo esercizio*», perché qualificati dalla «*norma regolatrice del potere*», mentre gli altri sono interessi di fatto, assimilabili alle generiche aspettative del *quivis de populo*, è come dire che l'azione di annullamento nel processo amministrativo è ammissibile solo se il ricorrente non si limita ad affermare che il provvedimento impugnato ha leso un suo diritto, ma ha l'onere di chiedere un *annullamento colposo*, che restringe l'illegittimità entro una precisa sfera d'imputazione. E' come dire che la lesione dell'interesse legittimo non ha un autonomo elemento d'*ingiustizia* o di *antigiuridicità* obbiettiva, riferibile alla lesione in quanto tale (anziché alla sola condotta dell'amministrazione). Ed è come dire che il giudice amministrativo, nella verifica della posizione qualificata necessaria ai fini del ricorso, non ha la stessa capacità (in senso buono) creativa del giudice civile. Ciò che prende consistenza è complessivamente una visione dell'interesse tutelabile, radicalmente antitetica a quella della Cassazione, per cui «*Quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori*»^[23].

L'atteggiamento divergente del giudice amministrativo rispetto al giudice civile, in punto di legittimazione attiva, non sta quindi solamente sul piano processuale. In dottrina si è puntualmente dato atto che «*la legittimazione a ricorrere viene interpretata dalla giurisprudenza amministrativa non come affermazione della titolarità della posizione qualificata necessaria ai fini del ricorso (...), ma come effettiva titolarità di tale posizione*»^[24]. Le differenze con il processo civile si trovano però anche più a fondo, nel modo in cui il giudice amministrativo si rappresenta il concetto di norma, di interesse, di protezione dell'interesse da parte dell'ordinamento giuridico.

3. La teoria dell'Adunanza Plenaria sulla legittimazione ad agire come “titolo, o possibilità giuridica dell'azione” (e i suoi limiti).

La “titolarità” dell'interesse, come situazione acquisita a mezzo di una volontà normativa “qualificante”, è considerata in giurisprudenza tra le condizioni dell'azione di annullamento. Il Consiglio di Stato lo afferma, nelle decisioni sulle controversie in materia di aggiudicazione di contratti pubblici, almeno dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011. Ancor più esplicitamente l'Adunanza Plenaria si è espressa nella sentenza n. 9 del 2014: dove si legge che «*l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a tre condizioni fondamentali che, valutate in astratto con riferimento alla causa petendi della domanda e non secundum eventum litis, devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione; tali condizioni sono: I) il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione – cioè la situazione giuridica soggettiva qualificata in astratto da una norma, ovvero, come altri dice, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal quisque de populo rispetto all'esercizio del potere amministrativo –; II) l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. (o interesse al ricorso, nel linguaggio corrente del processo amministrativo); III) la legitimatio ad causam (o legittimazione attiva/passiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo)*»^[25].

Rispetto alle caratteristiche di questa mappa concettuale, i problemi non nascono dalle enunciazioni di cui ai punti II (interesse ad agire) e III (*legitimatio ad causam*). L'azione di annullamento, come tutte le azioni proponibili davanti al giudice amministrativo, non è un'azione popolare. Non lo è, almeno, in quel senso convenzionale del termine *popolare*, che sottende il potere di agire in giudizio da parte di *chiunque*; e questo il Consiglio di Stato lo ha sempre tenuto ben fermo. Si ricorderà la celebre sentenza del 1970 in cui furono considerati applicabili i principi sulle condizioni generali dell'azione di annullamento persino di fronte a una disposizione di legge ordinaria che, in materia edilizia, espressamente prevedeva che “chiunque” potesse proporre il ricorso^[26]. Oggi peraltro le cose sono ancora più chiare, e basterebbe forse il rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., per far ritenere applicabili, nel processo amministrativo, le disposizioni del Codice di procedura civile sull'interesse a ricorrere (art. 100) e sul divieto di far valere in nome proprio un diritto altrui, salvi i casi di sostituzione processuale espressamente previsti dalla legge (art. 81)^[27].

Tutto ciò, dicevo, non è discutibile; e una grave stortura si produrrebbe, se la porta della giurisdizione amministrativa restasse davvero “aperta a tutti”.

Resta ciononostante da chiarire la fondatezza della “terza condizione” (la prima delle tre enunciate dall'Adunanza plenaria). Nessun dubbio sul fatto che l'interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione debba essere affermato come interesse fondato su norme giuridiche e che di conseguenza trovi spazio anche nel processo amministrativo, sulla falsariga di ciò che accade nel processo civile, una terza condizione chiamata *possibilità giuridica*.

Non è la stessa cosa, tuttavia, pretendere che l'interesse legittimo affermato dal ricorrente nei confronti della pubblica amministrazione sia qualificato in astratto da una norma, se si aggiunge, come fa il Consiglio di Stato, l'occorrenza di una *speciale posizione qualificata del soggetto* che lo distingue dal *quisque de populo* «rispetto all'esercizio del potere amministrativo».

In tal modo si evoca infatti un criterio diverso, imperniato sul potere della legge e della pubblica amministrazione di determinare direttamente gli interessi coinvolti, e di lasciare il ricorrente inappagato se esce dall'orbita della *protezione* accordatagli dall'ordinamento; se non "obbedisce", appunto, alla "teoria della norma di protezione" (*Schutznormtheorie*).

Tornando, con una rapida mossa d'obiettivo, al caso Randstad, si noterà che il problema della legittimazione venga risolto, dal Consiglio di Stato, con la postulazione di una precedenza tra l'esame dei vizi sollevati dall'operatore economico contro la propria esclusione dalla gara e l'esame dei vizi sollevati invece, dal medesimo soggetto, contro l'aggiudicazione.

Il fondamento di questa pregiudizialità dell'ordine delle censure è presto spiegato: le norme che governano l'ammissione alla gara possono assicurare alla Randstad, attraverso il processo, il "bene della vita"; le norme che disciplinano l'aggiudicazione invece no, essendo state "pensate" per soggetti già ammessi alla valutazione comparativa delle offerte.

Ora si dovrebbe aprire un lungo discorso sull'affidabilità di questa impostazione e – si diceva – dell'ordine concettuale "dogmatico", che ne è il presupposto.

Ci si può tuttavia limitare qui ad alcune osservazioni, ridicibili a tre obiezioni. La prima riguarda la capacità altamente suggestiva, ma scarsamente persuasiva, della *Schutznormtheorie*, che come tutte le teorie necessita di una giustificazione; tanto più difficile, nel nostro caso, quanto più si pone l'accento sul suo essere fortemente e tradizionalmente relativizzata ai canoni dell'ordinamento tedesco, in particolare all'interpretazione del § 42, comma 2 VwGO[[28]].

Nessun principio del diritto pubblico italiano, né sostanziale, né processuale, autorizza a ritenere che le norme di diritto amministrativo, regolando l'esercizio di un pubblico potere, implicitamente stabiliscano chi sono i loro destinatari, tanto da far ritenere questi ultimi investiti, *ad esclusione di altri*, del potere di far valere in giudizio la loro violazione[[29]].

Eguale, non è un assioma, ma solo una tesi, l'idea che la garanzia del diritto di agire dinanzi alla giurisdizione amministrativa abbia, quale logica conseguenza, che al dovere dell'amministrazione di eseguire le legge facciano sempre puntuale riscontro situazioni soggettive di vantaggio del cittadino, non esistendo, si sostiene, doveri propriamente "irrelati"[[30]].

In questa visione geometrica e rigorosamente correlativa dei rapporti giuridici con la pubblica amministrazione, è agevole rilevare i termini di una riproposizione, entro il binomio interesse legittimo-interesse di fatto, della vecchia teoria secondo la quale uno dei caratteri distintivi delle norme giuridiche rispetto a quelle sociali sarebbe dato dalla "bilateralità", come «*simmetrica corrispondenza tra l'obbligo di un soggetto e il diritto (in senso soggettivo, come situazione derivante dal diritto oggettivo) di un altro, sempre e necessariamente risultante dalla norma giuridica*».

«Facile, pertanto, e fondato il rilievo, tante volte avanzato a critica di questa tesi, che essa non fa se non ipostatizzare in termini che pretenderebbero avere assoluto valore logico un particolare fenomeno di un particolare e limitato settore dell'esperienza giuridica, qual è appunto il «rapporto giuridico» nel diritto privato, se non addirittura lo schema del rapporto obbligatorio civilistico (esempio paradigmatico: quello tra creditore e debitore)»[[31]].

Come minimo, dunque, l'impostazione del problema della legittimazione in termini di relazioni tra la norma, l'ordinamento, il potere, l'effetto, la protezione degli interessi, imporrebbe una paziente opera di confronto con un universo teorico assai più ampio e complicato.

Il normativismo d'ispirazione Kelseniana, ad esempio, avrebbe forse non poco da dire sulla teoria della qualificazione normativa degli interessi, tutta basata sulla "volontà" del legislatore come criterio di "rilevanza" e quindi schiacciata sul dogma della completezza dell'ordinamento giuridico, che un postulato tipico della teoria "istituzionale" del diritto[[32]].

Comunque sia, e facendo subito ammenda di schematizzazioni in questa sede inevitabilmente inappropriate, l'impressione è che nessuna teoria generale nella sua absolutezza possa valere quale fonte di verità indiscutibili. Assumerne le risultanze a motivo di individuazione dell'interesse legittimo, e, ancor più, quali referenti essenziali dell'accertamento della legittimazione a ricorrere, è una scelta che espone la giurisdizione amministrativa a forti tensioni.

Non si tratta, s'intende, di questione nuova. La riprova la si può avere rileggendo alcune pagine di V.E. Orlando[33], nelle quali, soffermandosi sulla relazione che *«deve correre tra la illegalità del provvedimento e la lesione dell'interesse»*, Orlando considera *«affatto ingiustificata»* l'impressione che *«il far valere, in via di ricorso, una illegalità di un atto amministrativo spetti solo a colui, in difesa del cui interesse era scritta la disposizione di legge che sia assume essere stata violata»*, perché *«l'interesse che rende ammissibile un ricorso in via di giustizia amministrativa verrebbe così ad essere ristretto soltanto a quello riconosciuto e difeso dalla legge in un soggetto determinato; donde la conseguenza che solo questo soggetto avrebbe la facoltà di ricorrere»*. Nell'argomento *«tutto speciale del contenzioso amministrativo»*, conclude Orlando, pur non nascondendosi le gravissime questioni che sorgono quando si tratta di determinare l'indole giuridica della Sezione IV del Consiglio di Stato, *«il dire che chi propone ricorso debba averci interesse e che quest'interesse debba essere personale, con esclusione di forme analoghe alle azioni popolari, non implica affatto (...) che fra la lesione dell'interesse e la violazione della legge debba esservi una tale intima correlazione»*.

Può essere interessante notare altresì la precisazione soggiunta da Orlando, oltretutto che *«L'ipotesi di un nesso fra l'interesse che reclama difesa e la norma obiettiva che tale difesa accordi, è necessariamente implicita nell'esercizio di una giurisdizione vera e propria, appunto perché vi si decide di diritti subbiettivi, dove quel nesso è immancabile»*.

Tanto basta per escludere che possano essere trasportati nell'ambito della giustizia amministrativa *«quei principii che ordinano il modo in cui sono riconosciuti e dichiarati i diritti subbiettivi»*.

«Giurisdizione vera e propria», quella del Consiglio di Stato, lo è poi diventata. Non, però, giurisdizione nella quale *«si decide di decide di diritti subbiettivi»*.

Ci si potrebbe allora chiedere, per un verso, se la presunta evoluzione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa giustifichi l'atteggiamento complessivo del Consiglio di Stato, favorevole all'applicazione della teoria della norma di protezione.

Ma, con eguale fondamento e pari “copertura” – anche costituzionale – ci si potrebbe domandare se la mancanza di quel *«nesso, tra interesse che reclama difesa e la norma obiettiva che tale difesa accorda»*, non possa essere visto come uno dei principali elementi caratterizzanti l'autonomia del ricorso giurisdizionale amministrativo rispetto all'azione dinanzi al giudice ordinario.

In fondo, si tratterebbe solo di portare alle logiche conseguenze la ragione che lo stesso Orlando deduceva, ben più ampia della questione sulla natura della Sezione IV del Consiglio di Stato: *«mentre è inconcepibile che il medesimo diritto possa competere a più persone, non ripugna affatto che una medesima violazione di legge possa ledere molteplici interessi»*.

Sulla medesima falsariga, in occasione degli ottant'anni del discorso di S. Spaventa sulla giustizia nell'amministrazione, la denuncia di A.M. Sandulli^[34], in difesa degli interessi *«sforiniti di protezione giuridica»*, non *«presi in speciale considerazione dalle norme»*, che i meccanismi di accesso al sistema italiano di giustizia amministrativa rendono vittime di una *«evidente incongruenza»*: *«mentre esistono garanzie giurisdizionali idonee ad assicurare l'osservanza del procedimento di nomina di un netturbino o di un becchino del più modesto comune montano, non ne esiste alcuna per assicurare che non venga superata la durata della gestione commissariale»*. E di seguito – in una sorta di preconizzazione, alla lontana, del caso Randstad – una serie di considerazioni sulla tutela dell'interesse meramente partecipativo rispetto ai concorsi pubblici, elusi dall'amministrazione col meccanismo della chiamata diretta, là dove *«pur essendo le illegalità di carattere macroscopico, manca (...) la lesione di interessi soggettivi particolarmente qualificati (tali non essendo quelli degli aspiranti a partecipare a un concorso non bandito)»*. Di qui la correlazione, tratteggiata da Sandulli, tra il potenziamento dell'azione popolare e la *«più piena realizzazione dello Stato di diritto»*.

Allargando poi la prospettiva, non pare difficile rintracciare la medesima istanza garantista, più o meno espressamente enunciata, nello spirito di chi, tra la dottrina, ha esattamente osservato la difficoltà di distinguere, in concreto, la legittimazione dall'interesse al ricorso^[35].

Di sicuro, questi pochi richiami, volutamente privi di un ordine preciso, dovrebbero essere portati a una ben più articolata analisi, che dimostrerebbe quanto profondamente e costantemente la cultura italiana del diritto pubblico abbia avvertito l'ingiustizia di una troppo razionalizzata riduzione dell'interesse non qualificato a interesse non protetto e “di mero fatto”^[36].

Quanto detto sin qui sembra però sufficiente alla critica che, in primo luogo, si voleva sollevare: la teoria della norma di protezione non è un coerente sviluppo dell'ordinamento interno, tanto meno dell'ordinamento comunitario; è un esperimento che toglie di peso dalla dottrina tedesca l'interpretazione della norma sul il diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria, da parte di chi sia *«offeso nei suoi diritti da parte dell'autorità pubblica»* (art. 19 comma 4 GG), per farne una chiave di lettura del sistema italiano di tutela degli interessi legittimi (artt. 103 Cost.)^[37].

Contro la teoria della titolarità come condizione di ammissibilità del ricorso, gioca poi una seconda obiezione d'ordine logico, cui conviene far cenno sommariamente.

È un'obiezione della quale si dà carico lo stesso M. Nigro, la cui dottrina è stata, in questo contributo, oramai più volte richiamata, in funzione per così dire di manifesto della tesi della qualificazione normativa dell'interesse. Se è vero, *«in linea di principio»*, che questa tesi sia *«la sola che si accordi»* con la nozione d'interesse legittimo come interesse al bene della vita – precisa l'Autore – *«non ci si può nascondere la grave difficoltà di riconoscere i casi in cui esiste una qualificazione normativa»*, giacché, prosegue, citando dottrina tedesca (H. Rupp), *«soltanto raramente dalla sola lettura di una legge amministrativa è possibile desumere se la disciplina in essa instaurata abbia per scopo anche la protezione di interessi individuali e quali in concreto siano tali interessi»*.

In una legislazione amministrativa ancora largamente dominata dalla *«concezione obiettiva del principio di legalità»*, *«solo di rado (...) la legge amministrativa regola i conflitti di interesse tra gli amministrati in modo tale che dalla stessa norma o gruppo di norme attributive del potere si possa immediatamente desumere l'esistenza di interessi di specifica rilevanza. (...) Più spesso la legge tace e allora occorre utilizzare elementi indiretti (...), ampliare il campo d'osservazione ricorrendo ad altre norme connesse e utilizzando i principi ai quali si ispirano i 'blocchi normativi' così formati»* – ed è d'attualità, che a questo punto Nigro citi una sentenza del Consiglio di Stato del 1970 in materia di identificazione degli interessi ad opporsi a una licenza edilizia – *«ma in tal caso sussiste il problema del modo come vanno formati i blocchi normativi (dove ci si deve fermare nell'opera di 'aggregare' alla norma attributiva del potere altre norme?)»*.

Il problema della *«collocazione dell'interesse nel raggio d'azione della norma»* resta così irrisolto, aperto a soluzioni empiriche – si può procedere per elementi sintomatici, a volte determinati dallo stesso vantaggio o svantaggio di fatto: *«i dubbi spuntano ad ogni momento»* – quindi in ultima analisi affidato al ruolo della giurisprudenza, per l'inevitabile arbitrarietà delle soluzioni. Al punto da far dubitare Nigro che soltanto il valore dei diritti propriamente intesi sia veramente *«predeterminato dal sistema giuridico in vigore»*, mentre, all'opposto, l'individuazione dell'interesse sia il risultato di un *«giudizio di valore operato dal giudice in ogni caso particolare»*.

A temperare questa irrisolutezza, all'epoca in cui scriveva Nigro, c'era una giurisprudenza amministrativa *«di manica larga»* (erano gli anni del dibattito sugli interessi diffusi e del caso *Italia Nostra*); esattamente l'elemento che, via via, è venuto a mancare.

Nei decenni che ci separano da quel tempo e da quel dibattito, inoltre, la legge amministrativa non si è affatto allontanata dalla concezione obiettiva del principio di legalità, quanto meno nel senso di essersi richiamata a un modello organizzativo, per più aspetti ricollegabile ai principi di cui all'art. 97 Cost., dell'amministrazione non mera esecutrice delle leggi.

In un simile contesto, la tesi per cui l'azione di annullamento, nel processo amministrativo, è condizionata alla titolarità dell'interesse qualificato, finisce quindi per sviluppare un modello di giurisdizione amministrativa frequentemente incline a esiti surreali, in cui la giustizia tocca soltanto l'amministrazione a cui nessuno pensa più, quella che può essere *«valutata e controllata come se conservasse i caratteri della esecutività»*[[38]], protetta dal "cittadino" per mano di un giudice che rifiuta la sua giurisdizione e, così facendo, finisce per porre sotto tutela, piuttosto degli interessi legittimi e del principio di legalità, l'autorità dell'atto illegittimo.

E' il momento di aggiungere una terza obiezione, che in realtà costituisce il naturale sviluppo della seconda, ma che sembra essere, almeno concettualmente, distinguibile.

Si può tranquillamente fingere che la legge, nel dettare le norme di organizzazione del potere amministrativo, “intenda” proteggere alcuni interessi e non altri.

Si può prendere atto, ad esempio – per stare al caso Randstad – della circostanza che le norme sulla composizione o sul funzionamento della commissione giudicatrice di un appalto pubblico siano emanate in vista della legittimità dell’aggiudicazione, dunque, in questo senso, siano scritte nell’interesse degli offerenti che all’aggiudicazione possono aspirare; non di quelli che, essendo stati o dovendo essere esclusi dalla gara, sono legittimamente fuori gioco.

Ancor più ampiamente, si può dire che, per il giudice amministrativo, sia normale non trovare “identificato”, nelle norme giuridiche evocate dal ricorrente a propria difesa, l’interesse legittimo. Vi si rintraccerà un intento protettivo di interessi *astrattamente* compartecipi della funzione amministrativa, secondo la norma che il ricorrente assume violata e che, semplificando all’estremo, chiameremo la norma A. Ora il giudice, interpretando la domanda contenuta nel ricorso, potrà dedurre che la norma A non “vuole” tutelare gli interessi che il ricorrente allega come propri. Si vedrà, se questi sono astrattamente tutelati da norme B, C, D, ecc. Ma non si può negare, intanto, che il ricorrente affermi un bisogno di tutela connesso alla violazione della norma A.

In questo caso – dato per implicito che il ricorrente agisca in nome proprio, affermandosi titolare di un interesse legittimo – potrebbe verificarsi in primo luogo una carenza dell’interesse ad agire (mancanza di utilità pratica o di vantaggio conseguibile da di un’ipotetica sentenza di accoglimento). Se così fosse, palesemente non avrebbe ragione di porsi un problema di individuazione dell’interesse legittimo e di applicazione della teoria della “qualificazione” normativa.

Quando invece l’interesse ad agire sussiste – vale a dire che, dall’osservanza della norma A, un qualche vantaggio il ricorrente lo trae – e tuttavia il giudice amministrativo va oltre, argomentando di una carenza di “mera titolarità” dell’interesse legittimo, in base al fatto che la norma A non lo ha “preso in considerazione”, il giudice amministrativo sta ragionando soprattutto su altre norme (B, C, D, ecc. che invece lo prendono in considerazione), per escludere che queste si possano collocare nel medesimo sistema di cui fa parte la norma A. Non importa sondare quale operazione si compia in questo modo. *Di certo non l’interpretazione, in senso proprio, della norma A.*

Nel domandarsi quali interessi la norma invocata dal ricorrente abbia voluto tutelare e quali abbia voluto escludere, il giudice amministrativo sta compiendo, beninteso, un’attività di interpretazione, *ma non delle norme poste a fondamento del ricorso*. Le disposizioni che nel ricorso si affermano violate sono l’oggetto, piuttosto che il parametro, della decisione; decisiva è una regola superiore, *diversa da tutte* quelle che “qualificano” gli interessi in gioco.

Ci si dovrebbe ora chiedere quale sia questa regola; ma la domanda sarebbe retorica, perché la regola, sul piano normativo positivo, in senso stretto non esiste, è un semplice principio logico, cioè di pura e semplice irrilevanza dell’interesse non protetto[[39]].

Dobbiamo allora concludere che il giudice amministrativo, quando valuta il titolo o possibilità giuridica dell’azione, alla stregua dei principi ribaditi dell’Adunanza plenaria n. 9 del 2014, decide, aprioristicamente, di far dipendere l’ammissibilità del ricorso da un assioma quale è la “volontà” del legislatore, che «serve non tanto per scegliere (in positivo) il

significato di una disposizione, quanto piuttosto per scartare (in negativo) altri significati possibili»^[40].

Sarebbe d'obbligo, se ve ne fosse il modo, proseguire nella critica che si leva contro questo modo di applicare il diritto. Giacché «*le autorità normative (...) non hanno una "intenzione" nello stesso senso in cui può averla un individuo*»; e l'intenzione delle autorità normative, «*se mai esiste una cosa del genere – non è suscettibile di conoscenza empirica: può solo essere oggetto di congetture. Pertanto, l'ascrizione di una intenzione ad una autorità normativa può facilmente essere contestata, e persino squalificata in quanto tale (quale che sia, cioè, l'intenzione ascritta)*».

Ci si dovrebbe domandare allora perché il giudice attribuisca un ruolo così trascendentale dell'interpretazione "teleologica", ritenuta capace di svelare il fine, l'intenzione non semantica, ma pratica, della norma: non "cosa voleva dire", ma "cosa doveva realizzare": quali interessi voleva "prendere in considerazione" insieme al dovere dell'amministrazione di eseguire la legge.

Che le norme sull'aggiudicazione dei contratti pubblici abbiano il fine di tutelare gli offerenti ammessi e non quelli esclusi (benché non «definitivamente»); che le norme sull'interdittiva antimafia abbiano il fine di tutelare la società e non gli amministratori responsabili; che le norme sulle distanze tra le costruzioni abbiano il fine di tutelare le proprietà danneggiate, non i diritti di chi è semplicemente vicino: a tutto questo sarebbe agevole replicare che «*l'osservanza o l'applicazione di una norma produce normalmente una pluralità di effetti pratici, e ciascuno degli effetti che una norma può produrre può essere considerato come fine della norma in questione*»^[41]. La possibilità di conseguire un risultato utile dall'annullamento, assieme all'affermazione di un interesse fondato su norme, concreto e attuale, non realizza forse già il "fine" della norma?

Ma la verità è che *vanum disputare de potestate*^[42]: il giudice amministrativo, nel disconoscere dignità d'interesse legittimo all'interesse fondato sulla norma A – e nel disconoscerla perché l'interesse non gli appare *qualificato* dalla norma A – non sta propriamente affermando il contrario di quanto ora osservato. Sta solo dicendo, e ribadendo, che il processo amministrativo è a disposizione delle sole figure soggettive classificate dalle leggi di organizzazione, e che l'interesse legittimo è individuabile solo quale riflesso dell'imperatività o della supremazia speciale della norma.

Il dubbio che, con questo, il giudice amministrativo si stia pronunciando sull'inesistenza della propria *potestas iudicandi*, non è semplice da rimuovere. Non depone certo in contrario, anzi, il fatto che la giurisprudenza amministrativa, quando constata la carenza di legittimazione, motivi frequentemente la pronuncia di rito (negativa) con argomenti che si rifanno alla natura soggettiva della giurisdizione amministrativa^[43], la quale non è istituita per garantire l'interesse generale alla legittimità del pubblico potere, bensì per «*tutelare la situazione soggettiva del ricorrente*»^[44].

4. Per l'annullamento, ai sensi dell'art. 111 Cost., delle sentenze d'inammissibilità del Consiglio di Stato basate sulla "teoria della norma di protezione".

Torniamo, per terminare, al nodo del problema. Sta davvero accertando il difetto di una condizione dell'azione, il giudice amministrativo, quando, nonostante il ricorrente affermi di

agire per un interesse proprio (art. 81 c.p.c.) e bisognevole di tutela (art. 100 c.p.c.), dichiara il ricorso inammissibile per carenza di “legittimazione”, sulla base di un autonomo accertamento di natura teorico-generale sulla “protezione” di quell’interesse da parte dell’ordinamento?

Certo si può sostenere – e lo si è argomentato, non senza ragione – che la risoluzione della questione della “legittimazione” del ricorrente debba rimanere interna al perimetro del giudice amministrativo e non possa dar luogo a una questione di giurisdizione^[45].

Nondimeno, su quella “terza condizione” andrebbe svolto un accurato approfondimento. Che essa sia stata assunta dal Consiglio di Stato per finalità di tipo deflativo, o per dare risalto all’idea della giustizia amministrativa “risorsa scarsa”^[46], è piuttosto evidente, per il fatto stesso che la ricerca del giudice amministrativo sulla *ratio legis* nelle norme poste a fondamento del ricorso, quando porta all’esito squalificante, si tramuta immediatamente in una pronuncia di rito attestante la sussistenza di una ragione ostativa ad una pronuncia sul merito (art. 35 c.p.a.).

Altrettanto percepibili sono tuttavia le conseguenze: la sproporzionata concentrazione delle energie processuali del giudice amministrativo nella soluzione di questioni di rito; l’uso della figura dell’interesse legittimo in chiave assolutoria per l’amministrazione, giacché per ogni ricorrente che non trova accesso al giudizio di merito, v’è un provvedimento illegittimo che rimane non giustiziato, cosicché a soffrirne è anche il principio di legalità dei poteri amministrativi.

Peggio ancora si dovrebbe dire di quelle “zone franche” ove maggiore dovrebbe essere il controllo giurisdizionale: mi riferisco di nuovo ai casi, e sono molti, in cui la legge non delinea per l’amministrazione uno statuto organizzativo definito, quindi non consente l’emergere di rapporti giuridici e situazioni soggettive di “titolarità” che risultino precisamente correlate al potere.

Non è quindi del tutto ingiustificato ritenere che il giudice amministrativo, quando rivendica una potestà di escursione teorico-generale finalizzata a capire se si è in presenza di un interesse legittimo o di un interesse di fatto, e quando declassa l’interesse (affermato dal ricorrente come legittimo) a interesse del *quivis de populo*, per mancanza di titolarità, non stia accertando la carenza d’una condizione dell’azione, ma rifiutando la propria giurisdizione^[47].

Aggiungerei, per inciso, che la disponibilità delle Sezioni Unite a decidere questioni di legittimità dell’interesse come questioni di giurisdizione non è – a parte *l’eventum litis* – un sovvertimento di schemi consolidati, né corrisponde a una parentesi storica della giurisprudenza della Cassazione. Fatta la debita parte all’importanza della problematica attorno all’interesse diffuso, si ricorderanno, proprio nella stagione del caso Italia Nostra, gli indirizzi (là, favorevoli agli attori) delle Sezioni Unite sulla proponibilità della domanda volta alla tutela del diritto all’ambiente salubre e di altri diritti fondamentali della persona nei confronti della pubblica amministrazione (in un confronto serrato tra il diritto soggettivo e interessi sociali, appunto, non qualificati)^[48].

Che si trattasse di “diritto soggettivo” e non di “interesse legittimo”, non cambia il dato fondamentale, cioè la competenza delle Sezioni Unite a riportare nell’alveo delle questioni di

giurisdizione profili che attengono alla protezione dell'interesse da parte dell'ordinamento; e forse neppure si può escludere che, sotto le ordinarie questioni di riparto, si siano, più spesso di quanto si possa immaginare, dissimulate questioni di "qualificazione".

Ciò che, piuttosto, si può prendere a riferimento, è il consolidato indirizzo delle Sezioni Unite per cui, nel sindacato sui imiti esterni della giurisdizione amministrativa, le condizioni dell'azione «sono cosa diversa dalla giurisdizione»; «anche la declaratoria d'inammissibilità della domanda postula l'affermazione implicita del potere giurisdizionale dell'organo che l'ha emessa (...) sicché non costituisce diniego di giurisdizione l'esclusione (...) della legittimazione ad agire»[[49]]. La contestazione della mancata decisione nel merito del ricorso per difetto di legittimazione o interesse ad agire resta insomma nell'ambito degli *errores in iudicando*, per la Cassazione.

Ma allora è bene chiarire: *in iudicando*, riferito alle condizioni dell'azione, è l'errore che cade sul profilo del richiedere tutela in nome proprio (*legitimatō ad causam*) o dell'interesse a ricorrere come conseguimento di un'utilità o di un vantaggio. Forse si può concedere che l'accertamento sul divieto di sostituzione processuale e sul bisogno di tutela dell'interesse debbano sottostare a un giudizio più rigoroso, ritagliato sulle esigenze del processo amministrativo (pressappoco come – anche se può sembrare un paragone azzardato – nel giudizio sulla validità delle leggi si configura il giudizio di rilevanza della questione di costituzionalità sollevata dal giudice *a quo*, inclusa l'interpretazione che ha permesso alla Corte di aprirsi la strada nelle cosiddette "zone grigie" del sistema).

Comunque sia, la "terza condizione dell'azione", come la concepisce il Consiglio di Stato, non sembra poter trovare cittadinanza nel sistema italiano di giustizia amministrativa.

Non si sta auspicando qui, beninteso, un meccanico aumento delle sentenze di merito, né una maggiore propensione – fine a sé stessa – a superare i filtri di ammissibilità, come se fosse sempre dovere del giurista predicare in favore di un "allargamento" del canale di accesso alla giustizia da parte del cittadino. Il punto deve restare fermo all'esistenza e all'applicazione delle regole sulle condizioni dell'azione nel processo amministrativo di annullamento.

Ma se intanto le Sezioni Unite incominciassero, a partire dal caso Randstad, a stabilire che, nel giudizio amministrativo, la ricerca del «titolo, o possibilità giuridica dell'azione» non va fatta discriminando tra chi è qualificato e chi è *quivis de populo*, ma accogliendo un concetto di ingiustizia della lesione ancorato al principio di atipicità degli interessi protetti dall'ordinamento, non vedremmo, a me pare, una "vittoria" della Cassazione[[50]]. Sarebbe un beneficio per il dualismo del sistema italiano di giustizia amministrativa, per l'interesse legittimo, e per lo Stato di diritto: il probabile punto d'inizio di una giurisprudenza del Consiglio di Stato che avrebbe, oltre ai tanti meriti già acquisiti, il pregio di risultare più coerente ai principi del nostro ordinamento processuale.

Può darsi poi che l'auspicato abbandono della teoria della titolarità e della qualificazione normativa dell'interesse legittimo richieda un proporzionale incremento di elasticità del giudizio amministrativo, tale da far emergere a posteriori un'esigenza "deflativa". Qui il discorso dovrebbe risolversi in una disamina ancora diversa, che non può essere utilmente effettuata; ma neppure forse è giusto che lo sia. Sommessamente, verrebbe da osservare, la connessione (pur indubitabile) tra i congegni di deflazione del contenzioso amministrativo e

le condizioni dell'azione di annullamento non va supportata oltremisura: a tal fine occorrono strumenti legislativi^[1], non surrogabili da un'impropria "dogmatizzazione" dei requisiti di ammissibilità del ricorso giurisdizionale.

[1] Argomento che ha riscosso nell'ultimo decennio notevole attenzione, con tesi di differente impostazione (limitandosi ad alcune monografie, C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012; B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; M. Magri, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Rimini, 2017; S. Mirate, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018; G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Rimini, 2016, I. Piazza, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, Rimini, 2021; P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff*, Napoli, 2021).

[2] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 139.

[3] 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*, 18 novembre 2020; A. Carratta, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in Id. (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021, 47 ss.; F. Francario, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia spa*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2022; M. Mazzamuto, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in questa *Rivista*, 16 marzo 2022; 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; A. Travi, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro It.)*, 12 ottobre 2020;

[4] 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. Nascimbene, P. IVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in questa *Rivista*, 24 novembre 2020

[5] G. Tropea, *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1083 ss.; R. Villata, *Ricorso incidentale escludente ed ordine di esame delle questioni. Un dibattito ancora vivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 363; Id., *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 347

[6] F. Francario, *Il pasticciaccio parte terza*, cit., 8.

[7] R. Rolli e M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e legittimazione all'impugnazione. La necessaria partecipazione dei soggetti direttamente coinvolti (nota a Consiglio di Stato Ad. Plen. N. 3/2022)*, in questa *Rivista*, 6 aprile 2022.

[8] Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2022, n. 1768

[9] TAR Campania, Napoli, sez. VI, 4 giugno 2021, n. 3721.

[10] TAR Lazio, sez. IV, 25 marzo 2022, n. 3381; TAR Lazio, sez. III-ter, 13 settembre 2016, n. 9697.

[11] TAR Lazio, n. 9697 del 2016, cit.

[12] E. Boscolo, *Gli interessi legittimi strumentali e la selettività della legittimazione*, in *Giur. it.*, 2016, 1216.

[13] Oltre all'insistenza del Consiglio di Stato sulla pregiudizialità dell'esame del ricorso incidentale escludente: quando quel conflitto con il destinatario del provvedimento impugnato non è più virtuale, ma reale.

[14] Cons. St. Ad. plen., 20 gennaio 2020, n. 6.

[15] Considerato cioè, dalla giurisprudenza amministrativa, come concretizzazione episodica di una legge morale che di norma non incontra il riconoscimento da parte del diritto. Le aperture del giudice amministrativo all'interesse morale ricordano da vicino il permesso di «querela» (quella che Kant chiama la «libertà di penna»), alla quale fa tuttavia da contrappunto la mancanza di una facoltà di disobbedire agli atti arbitrari dell'autorità. Si veda in proposito l'acuta

osservazione di C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Milano, 1979, 2^a ed. Napoli, 2014, 60, secondo il quale, proprio da questa posizione di Kant, si desumerebbe che «già nelle grandi enunciazioni liberali siano presenti in embrione i fondamentali ingredienti di un sistema di giustizia amministrativa a giudice speciale: libertà individuale dei singoli, legalità dell'atto amministrativo, autoritarità dell'atto illegittimo».

[16] M. Mazzamuto, *op. cit.*, richiamando la tesi di E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, II, Paris, Berger-Levrault, 1888, 406. Anche senza negare lo spirito equitativo del Consiglio di Stato, e ferma naturalmente l'esattezza del rilievo di Mazzamuto, sembra doversi riconoscere che l'interesse "strumentale" pone, per ciò che qui si sta cercando di sottolineare, problemi più complessi dell'interesse morale. Quanto si sta per dire invece porta nella direzione opposta alla prospettiva di Mazzamuto, per cui «Uno degli aspetti più preziosi della tradizione graziosa e pretoria della giustizia amministrativa è l'ampiezza degli interessi ammessi alla tutela, rispetto all'elenco più ristretto di interessi giuridicamente rilevanti della tradizione privatistica».

[17] «Un'efficace iperbole per ricordare che, rispetto all'ambiente, per vantare un diritto soggettivo non basta esser persona fisica (...) ma occorre il particolare legame tra l'individuo e l'ambiente che si fonda sulla proprietà», così una nota (anonima, parrebbe) a Cass. civ., sez. I, 29 marzo 1996, n. 2959, in *Foro. It.*, 1996, I, 2422.

[18] F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in questa *Rivista*, 11 novembre 2020.

[19] F. Francario, *op. cit.*

[20] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 139.

[21] M. Nigro, *op. cit.*, 141

[22] G. Visintini, *Atipicità dei fatti illeciti e danno ingiusto*, in G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa, un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, 2018, 589 ss.

[23] Cass. civ., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 591. Sia consentito presumere noto e, limitandoci a questa citazione, omettere una più articolata serie di richiami, che pure sarebbe doverosa, al tema dell'atipicità dell'illecito civile.

[24] A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 200.

[25] F. Saitta, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 511, ss.

[26] Cons. St., sez. V, 9 giugno 1970, n. 523, in *Foro. it.*, 1970, III, 201 ss. e commento di E. Guicciardi, *La sentenza del chiunque*, in *Giur. it.*, 1970, III, 193; cfr. più di recente, in argomento, F. Saitta, *L'impugnazione del permesso di costruire nell'evoluzione giurisprudenziale: da azione popolare a mero (ed imprecisato) ampliamento della legittimazione a ricorrere*, in *LexItalia.it*, n. 7-8.

[27] Casi, tra l'altro, nient'affatto marginali; V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2014, 341 ss.

[28] S. Cognetti, *Legge amministrazione giudice: Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, 76; in argomento anche A. Bartolini, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del cd. interesse legittimo*, Torino, 2005, 225.

[29] Altra questione è che legge abbia il potere di operare questa limitazione, prevedendola espressamente; ipotesi peraltro piuttosto rara (si veda ad esempio l'art. 8 comma 4 legge n. 241 del 1990).

[30] L. Ferrara, *Giudizio di ottemperanza e processo di esecuzione*, Milano, 2003.

[31] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1970, I, p. 27-29. Vero (ma non rilevante rispetto a quanto si vuole ora far notare) è che la confutazione crisafulliana della tesi della "bilateralità" ammette, in conclusione, che essa esprima «a suo modo, una giusta intuizione del fenomeno giuridico. (...) Ma dire questo equivale a dire, e a confermare, che il diritto è prodotto e condizione della vita associata, dalla più elementare alla più complessa e articolata; che l'esperienza giuridica è, essenzialmente, relazionale, intersoggettiva e dunque sociale».

[32] Per un'articolata speculazione concettuale, sviluppata da un punto di vista sostanzialmente riconducibile a questa impostazione, P.L. Portaluri, *La cambiale di Forstboff*, cit.

[33] V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in Id. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1914, 722-723.

[34] A.M. Sandulli, *Per una più piena realizzazione dello Stato di diritto*, in *Stato sociale*, 1960, I, 3 ss., anche in *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1990, 277 ss.

[35] F. Volpe, *Norme di azione e norme di relazione*, Padova, 2004, 246; R. Villata, *Legittimazione processuale – Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, vol. XXIV, 5; R. Ferrara, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, 1993, vol. VIII, 468 ss.

[36] La quale, sotto altro aspetto, è forse il risultato di una ipertrofia, se non di una vera e propria eterogenesi dei fini, della concezione soggettiva del processo amministrativo, se non altro in quella sua variabile estremizzata che culmina nel progetto di «liquidare ogni residua istanza oggettivistica dallo studio del processo amministrativo» (A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, 130).

[37] Che poi l'art. 103 Cost. consenta di riassumere nella figura dell'interesse legittimo una polarizzazione assimilabile a quella che contraddistingue la difesa di diritti assoluti nei confronti dell'autorità, è pure discutibile (L. Perfetti, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 61 ss.).

[38] G. Berti, *L'interesse diffuso nel diritto amministrativo*, in *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività*, Atti del Convegno nazionale di Bologna, 5 dicembre 1981, Rimini, 1982, 18.

[39] Questi ultimi quattro capoversi (lo si segnala esclusivamente per obblighi di correttezza editoriale) sono tratti da M. Magri, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, cit., 62-64.

[40] R. Guastini, *Interpretare, costruire argomentare*, in *osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2015, 11 ss.

[41] R. Guastini, *op. cit.*, 12.

[42] Usiamo liberamente l'espressione di E. Cannada Bartoli, *Vanum disputare de potestate: riflessioni sul diritto amministrativo*, recentemente citato da F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in questa *Rivista*, 24 maggio 2021, anche in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

[43] In tema, F. Francario, M.A. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazza*, Napoli, 2017.

[44] Cons. St., Ad. plen. n. 3 del 2022, cit.

[45] M. Mazzamuto, *Il dopo Randstad*, cit.

[46] Per un caso emblematico della consapevolezza di questo criterio, v. l'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria da parte di Cons. St., sez. IV, ord. 9 febbraio 2022, 945; cfr. Cons. St., Ad. Plen., 24 aprile 2015, n. 5.

[47] A. Travi, *I motivi di giurisdizione nell'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598/2020, fra ruolo della Cassazione ed esigenze di riforma costituzionale dell'assetto delle giurisdizioni*, in A. Carratta (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, cit., 171.

[48] Cass. civ., SS.UU., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro it.*, 1979, I, 939, con commenti di C.E. Gallo (*ivi*, in nota) e G. Berti, *In una causa con l'Enel, la Cassazione mette in penombra lo Stato di diritto*, *ivi*, 2909 ss.

[49] Cass. civ. SS.UU., 29 dicembre 2007, n. 31226.

[50] A sua volta, alle prese con questioni vere o presunte di scarsità della “risorsa giustizia” (P. Nappi, *Riflessioni sul «rispetto della non illimitata risorsa giustizia» come principio processuale*, in *Il giusto processo civile*, 2021, 659 ss.).

[51] M.A. Sandulli, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in *federalismi.it*, 24 ottobre 2012.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2579 – 15 dicembre 2022

Rifiuto di rinvio pregiudiziale per travisamento dell'istanza di parte: revocazione della sentenza o “semplice” obbligo del giudice amministrativo di risarcire il danno? (Consiglio di stato, ordinanza 3 ottobre 2022, n. 8436, rimessione all'adunanza plenaria)

di Marco Magri

Sommario: **1.** Una doverosa premessa sui termini della questione: “rifiuto” e non “omissione” di rinvio pregiudiziale. – **2.** Lo schema argomentativo dell'ordinanza n. 8436/2022 (in dieci punti). **3.** – La mancanza di una norma processuale sulla riapertura del processo amministrativo per violazione del diritto UE e l'orizzonte della responsabilità civile dei magistrati (legge n. 117/1988). – **4.** La posizione della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale sull'art. 106 c.p.a. (con riferimento al giudicato interno contrastante con norme della CEDU). – **5.** La prospettiva «tradizionale» di applicazione al caso di specie dell'art. 395 n. 4 c.p.c. (art. 106 c.p.a.) porterebbe a una pronuncia d'inammissibilità della revocazione. – **6.** Il contrapposto indirizzo “innovativo” del Consiglio di Stato. La sentenza della IV sezione n. 2530/2018 e la sua analogia con il caso trattato dalla V sezione nell'ordinanza n. 8436/2022. – **7.** La sentenza *Caruter* della Corte di Giustizia (22 aprile 2022, C-642/20) aumenta le probabilità di un giudizio di responsabilità per illecito giudiziario. – **8.** Il “tranrello” dell'effetto utile del diritto dell'Unione europea. – **9.** A cosa serve la revocazione nel processo amministrativo? La tesi, emersa nella giurisprudenza di primo grado, dell'applicabilità al processo amministrativo dell'art. 391-bis c.p.c. (sulla revocazione delle sentenze della Cassazione) e della natura “straordinaria” del rimedio. – **10.** La tesi opposta del Consiglio di Stato (V sezione, sentenza n. 3923/2018). Il “recupero” della natura ordinaria della revocazione prevista dall'art. 395 n. 4 c.p.c. (e le sue implicazioni). – **11.** Rilievi critici in merito all'indirizzo (sez. V, n. 838/2021) messo a contrasto con quello della IV sezione: irriducibilità

del motivo di ricorso giurisdizionale amministrativo al principio *iura novit curia*. – 12. L’art. 106 del Codice del processo amministrativo di nuovo davanti alla Corte costituzionale?

1. Una doverosa premessa sui termini della questione: “rifiuto” e non “omissione” di rinvio pregiudiziale.

L’ordinanza della V sezione del Consiglio di Stato, 3 ottobre 2022, n. 8436 ripropone all’adunanza plenaria un interrogativo sull’interpretazione dell’art. 395 n. 4 c.p.c., richiamato dall’art. 106 c.p.a.^[1]

Il problema è se sia revocabile per «errore di fatto» la sentenza del Consiglio di Stato che abbia rifiutato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia *«in conseguenza di un fraintendimento (...) in merito alla questione di possibile incompatibilità delle disposizioni interne da applicare per risolvere la controversia con il diritto dell’Unione europea prospettata dalla parte nei motivi di appello»*.

Prima di passare a considerazioni più articolate, è bene chiarire, anche per liberarsi di una certa ambiguità terminologica dei quesiti formulati dalla V sezione – nei quali si parla di *«omissione di pronuncia sull’istanza di rinvio pregiudiziale»* – che qui non si tratta di stabilire se possa costituire motivo di revocazione la sentenza d’appello viziata da «omessa pronuncia»: domanda alla quale – com’è noto – l’adunanza plenaria ha dato da tempo risposta affermativa, sia pure a certe condizioni^[2].

Si tratta piuttosto di stabilire se quest’ultimo orientamento, elaborato con riferimento al caso in cui l’errore di percezione del giudice abbia determinato un’omessa pronuncia in senso stretto (mancata decisione su una parte della domanda o su un’eccezione), vada seguito anche nel caso, ora sottoposto alla plenaria, in cui il giudice *si è pronunciato sulla questione di conformità al diritto dell’Unione europea*, respingendo il motivo d’appello che l’aveva sollevata, ma ponendo a fondamento della decisione norme di diritto nazionale che la parte non aveva mai detto di voler contestare.

Dal che l’ordinanza trae un’altra domanda: se il rifiuto di rinvio pregiudiziale, al pari dell’omessa pronuncia, sia un tipo di decisione sensibile all’errore di fatto revocatorio; o se qualsiasi svista sui termini della questione avanzata dalla parte nell’istanza di rinvio, anche la più grave, qual è il fraintendimento di giudizio, si qualifichi come errore di diritto e non consenta la riapertura del processo.

Il caso che ora viene in considerazione – spiega la V sezione – è una sentenza d’appello che non ha omesso alcunché^[3], anzi ha statuito espressamente non solo sul motivo d’impugnazione, ma anche sull’istanza di rinvio alla Corte di giustizia. Risulta però evidente, agli occhi del giudice della revocazione, che il giudice d’appello ha deciso sul motivo d’impugnazione, contenente l’istanza di rinvio, scambiando la questione sollevata per un’altra, del tutto avulsa da quella effettivamente proposta.

Ciò che si concretizza è allora una divergenza assoluta tra due elementi: i termini della questione alla quale il giudice *dichiara di voler rispondere*, pervenendo al rigetto dell’istanza di rinvio pregiudiziale, e i termini della questione *realmente* prospettata dalla parte, rintracciabile nelle risultanze materiali del processo: un difetto, immediatamente percepibile e

oggettivamente verificabile, di «*corrispondenza logica tra la questione posta dall'appellante e il decisum della sentenza*»[4].

2. Lo schema argomentativo dell'ordinanza n. 8436/2022 (in dieci punti).

Strutturalmente, la problematica dell'errore percettivo del giudice sulla norma interna di cui la parte chiede la devoluzione alla Corte di Giustizia non si pone in termini differenti da quelli che si presentano ipotizzando un comune equivoco del giudice sull'oggetto del processo.

La particolarità sta nel fatto che qui si tratta di errore *sulla norma*: non sulla norma da interpretare (cioè di un vizio dell'attività intellettuale tesa al “conoscere”) che renderebbe fin troppo evidente l'estraneità del problema alla fattispecie di cui al n. 4 dell'art. 395 c.p.c., bensì sulla norma *allegata* dalla parte in forma di elemento costitutivo, modificativo o estintivo della pretesa che forma oggetto del motivo di ricorso.

Da quest'angolo di visuale diventa possibile estendere la ricerca sulla giurisprudenza, al di là di quella individuata dall'ordinanza n. 8436/2022, fino a ricomprendervi una recente sentenza della stessa V sezione; la quale, ragionando dell'errore percettivo su norme di diritto interno, ha seguito una logica che porterebbe a rispondere negativamente ai quesiti rivolti alla plenaria.

Il caso concerneva un ricorso per revocazione anch'esso riferito alla fattispecie prevista dall'art. 395 n. 4 c.p.c., in cui la parte riteneva che la sentenza d'appello non avesse percepito, per pura disattenzione, quali erano le “vere” norme giuridiche sulle quali essa fondava le proprie difese.

Il ricorrente voleva così dimostrare che la norma, una volta incorporata nell'argomentazione difensiva che la richiama, vale “come fatto” e rappresenta un elemento obbiettivo dell'atto processuale su cui può benissimo cadere l'errore revocatorio del giudice[5], non diversamente da ciò che succede nel caso di errore revocatorio riferibile ad atti e documenti di causa considerati nella loro materialità[6].

L'argomento è stato tuttavia respinto dal Consiglio di Stato con la spiegazione che l'errore percettivo del giudice sulla norma da cui la parte vuole far discendere la propria azione (la norma allegata in atti e parte obbiettivata di una “tesi difensiva”) è errore di diritto: «*il vizio revocatorio non può mai riguardare il contenuto concettuale delle tesi difensive delle parti, come esposte negli atti di causa, perché le argomentazioni giuridiche non costituiscono “fatti” ai sensi dell'art. 395, n. 4, c.p.c.*»[7].

Il diverso atteggiamento che si registra dell'ordinanza n. 8436/2022 non si deve ad un riesame dalle fondamenta di tale indirizzo. La sua unica ragione è la presenza in atti dell'istanza di rinvio pregiudiziale, che porta il giudice amministrativo a concentrarsi immediatamente sulla dottrina dell'effetto utile e sulle conseguenze dell'inosservanza dell'obbligo di rinvio alla Corte di Giustizia.

Ma il punto cruciale del ragionamento della V sezione – anche questo va detto subito, perché qui sta il motivo di maggiore interesse – non è neppure l'astratta esigenza di conformità del giudicato interno al diritto dell'Unione europea. Lo si comprende dall'esplicita richiesta

finale, rivolta alla plenaria, di valutare la questione anche alla luce di quanto “costerebbe” concludere per l’inammissibilità della revocazione: se si dovesse affermare che l’errore percettivo sul contenuto dell’istanza di rinvio è causa di una semplice violazione di legge, non rilevante a fini del n. 4 dell’art. 395 c.p.c., la parte non potrebbe far altro che trasferire la propria pretesa sul piano della responsabilità civile dello Stato per illecito giudiziario.

Al prezzo, ecco il punto, di mettere in luce un difetto di «coerenza» dell’ordinamento giuridico. Ad avviso della V sezione, in un caso come questo – dov’è palese che il giudicato risulterà affetto da una violazione del diritto dell’Unione (adesso anche acclarata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Caruter*, come vedremo) – sarebbe irragionevole ritenere che l’errore sull’istanza di rinvio pregiudiziale non fosse «a tal punto ingiusto da portare alla revoca»^[8], quando la parte che lo subisce, vistasi preclusa la revocazione, potrà farlo valere dinanzi al giudice ordinario come fatto illecito e chiedere la condanna dello Stato al risarcimento del danno ai sensi della legge sulla responsabilità civile dei magistrati (n. 117/1988).

Provando a riorganizzare – in dieci punti – gli argomenti utilizzati dalla V sezione:

1) la svista del giudice sulla norma censurata con l’istanza di rinvio pregiudiziale è pacificamente un errore sulle tesi difensive delle parti, dunque un «errore di giudizio». Altrettanto sicuro, come si diceva, è che si tratti di vizio di percezione di uno degli elementi costitutivi del *petitum* mediato, non di una violazione di legge commessa nell’attività d’interpretazione dell’ordinamento^[9];

2) neppure si può dire con certezza tuttavia – ed ecco la complicazione – che tale errore cada sull’atto o documento processuale, giacché si risolve comunque nella falsa rappresentazione di una norma (così come interpretata dalla parte), non di un elemento materiale dell’oggetto del contendere;

4) non è certa quindi la riconducibilità all’errore alle categorie del «fatto» o del «diritto»;

5) secondo un primo orientamento (IV sezione, n. 2530/2018), l’errore di cui trattasi darebbe titolo alla revocazione in quanto cadrebbe *ictu oculi* «sulla percezione fattuale della questione»^[10]; inoltre lascerebbe insoddisfatta la pretesa della parte a conoscere l’interpretazione della Corte di giustizia e determinerebbe perciò un difetto di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, assimilabile all’omessa pronuncia;

6) anche il rifiuto di rinvio sarebbe pertanto sensibile all’errore revocatorio: se viziato da svista percettiva, potrebbe essere impugnato ai sensi dell’art. 395 n. 4 c.p.c., al pari dell’omessa pronuncia in senso stretto, sulla quale ha già statuito la plenaria nella sentenza n. 3/1997,

7) secondo un diverso orientamento (sezione V, n. 838/2021) invece, l’istanza di rinvio pregiudiziale non sarebbe «idonea a strutturare, sul piano formale, una domanda (o una eccezione) in senso tecnico, in ordine alla quale operi, in chiave di doveroso, necessario e compiuto riscontro, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (cfr. art. 112 cod. proc. civ.)»^[11], in quanto costituirebbe una «mera sollecitazione al rilievo officioso». Secondo questo secondo indirizzo, l’obbligo di rinvio pregiudiziale deriva dunque direttamente ed esclusivamente dal Trattato (art. 267), non dall’esercizio dell’azione;

8) la mancata attivazione del potere di cui all'art. 267 TFUE resterebbe quindi un fatto che riguarda esclusivamente il rapporto del giudice con legge (*iura novit curia*) e non potrebbe mai considerarsi come inadempimento di un dovere di decidere sulla controversia. Con la conseguenza che l'errore commesso dal giudice amministrativo in sede di rinvio pregiudiziale, quale che sia, non potrebbe avere la natura *sensoperettiva*[12] che tipicamente lo configura come errore di fatto sussumibile all'art. 395 n. 4 c.p.c. Il travisamento del contenuto dell'istanza di parte sarebbe dunque, in ogni caso, un errore di diritto e non potrebbe dar luogo alla impugnazione della sentenza d'appello per revocazione (art. 106 c.p.a.);

9) l'interpretazione più corretta, tra queste due, non può essere cercata mediante un rinvio alla Corte di Giustizia, che ha già ritenuto «*insussistente il contrasto del sistema processuale interno con il diritto dell'Unione europea*»[13], con riferimento proprio all'inammissibilità della revocazione (art. 106 c.p.a.), sul presupposto che spetti allo Stato membro stabilire i rimedi atti a garantire il diritto ad una giurisdizione effettiva nei settori disciplinati dal diritto unionale (sentenza *Hoffmann – La Roche*);

10) se non che, come si è già accennato, l'inammissibilità della revocazione per errore di fatto significherebbe probabile responsabilità dei giudici d'appello. Il giudizio di danno contro il magistrato, unica risorsa della parte cui è preclusa la revocazione, sembra alla V sezione un mezzo irragionevolmente gravoso rispetto a quello, più facile ed immediato, dell'impugnazione della sentenza[14]. Di qui il chiarissimo intento di instillare nella plenaria un dubbio sulla coerenza del sistema complessivamente riguardato.

Pare quindi esattissima la conclusione, cui s'è pervenuti in dottrina, che l'ordinanza n. 8436/2022 devolva alla plenaria non tanto un'interpretazione dell'art. 395 n. 4 c.p.c., quanto, *ca va sans dire*, una valutazione sull'opportunità di rimettere alla Corte costituzionale una questione che corregga un difetto del sistema di riparazione dell'illecito giudiziario[15]. Il quale, non consentendo la revocazione, lascia ben poche speranze alla parte che ha subito l'errore (oltre che al giudice che l'ha commesso).

Questo è appunto il problema sul quale nei paragrafi seguenti proverò a svolgere qualche ulteriore considerazione, con il solo intento di mettere in risalto la molteplicità delle tematiche che si possono collegare all'ordinanza n. 8436/2022. Inizierò proprio dalla questione della responsabilità del giudice: la più importante e con ogni probabilità la “vera” causa della rimessione alla plenaria.

3. La mancanza di una norma processuale sulla riapertura del processo amministrativo per violazione del diritto UE e la concomitante disciplina della responsabilità civile dei magistrati (legge n. 117/1988).

Nell'ordinamento italiano l'errore sulla violazione del diritto dell'Unione europea derivante da omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia non è motivo di revocazione della sentenza del giudice amministrativo, non rientrando nei casi previsti dall'art. 395 c.p.c. (a cui rinvia l'art. 106 c.p.a.)[16]

La legge n. 117/1988 prevede però l'azione risarcitoria contro lo Stato per illecito civile del magistrato, la cui colpa grave può essere costituita (art. 2 comma 3) da elementi giuridico-normativi che riprendono e ricalcano in modo quasi perfetto la fattispecie dell'errore revocatorio («l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento»).

Il problema sta in ciò: che la colpa grave del magistrato, nella legge n. 117/1988, è costituita anche da un ventaglio di altre ipotesi, per le quali il Codice del processo amministrativo non prevede la revocazione: il «travisamento del fatto», la «violazione manifesta della legge», la violazione del «del diritto dell'Unione europea», quest'ultima da determinare tenendo conto «anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea» (art. 2 comma 3-bis, introdotto dalla legge n. 18/2015)^[17].

La non coincidenza tra le fattispecie di revocazione (art. 395 n. 4) e quelle di colpa grave (l. n. 117/1988) significa già che la connessione oggettiva tra l'azione di responsabilità contro il giudice e l'impugnazione della sentenza viziata non è la regola, giacché l'art. 2 della legge n. 117/1988 contempla altre ipotesi, nelle quali l'azione risarcitoria è l'unica possibilità di riparazione dell'errore giudiziario.

Ambiguità che si riscontra anche sotto il profilo specificamente processuale della disciplina. Secondo la legge n. 117/1988, sulla falsariga del § 839 co. 3 BGB, l'azione di risarcimento del danno «può essere esercitata soltanto quando siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione (...) e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento» (art. 4 comma 1).

Dal che si potrebbe trarre l'impressione d'un nesso di *pregiudizialità necessaria* tra revocazione della sentenza e azione di risarcimento del danno; specialmente ove si valorizzi la *ratio*, manifestata dalla norma, di preferenza del legislatore per i rimedi endoprocessuali. Sarebbe allora giocoforza chiedersi se l'ammissibilità del rimedio impugnatorio non sia, in qualche modo, già implicita nell'obbligatorietà del suo preventivo esperimento, *in tutte le fattispecie di responsabilità del magistrato*.

Ma il dubbio è sciolto in senso opposto dalla norma stessa. Lo stesso art. 4 comma 1, infatti, contempla l'ipotesi in cui «*tali rimedi non sono previsti*» e prevede che, in tal caso, l'azione di risarcimento possa essere egualmente proposta, «*quando sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno*», confermando che la colpa grave può sussistere anche quando non è ammessa revocazione (o altro mezzo «ordinario» di impugnazione).

L'art. 4 della legge n. 117/1988 rimane quindi una disposizione “neutra” rispetto alla questione della proponibilità della revocazione o – come l'ha definita la Cassazione – «*una norma c.d. elastica, una valvola di apertura rispetto al mutamento nel corso del tempo dei rimedi esperibili nei confronti dei provvedimenti del giudice*», espressione di un «*principio di resilienza dell'ordinamento*»^[18].

Le sezioni unite, nella sentenza appena citata (n. 26672/2020), hanno confermato l'assenza di pregiudizialità tra il giudizio di revocazione di cui all'art. 395 n. 4 c.p.c. e quello risarcitorio previsto dalla legge n. 117/1988. Hanno però aggiunto, in modo chiarissimo, che l'art. 4 della

legge n. 117/1988, proprio come l'art. 30 comma 2 del codice del processo amministrativo per il risarcimento del danno da lesione d'interesse legittimo, si rifa al principio di buona fede (art. 1175 c.c.) e segnatamente al dovere del creditore di evitare o ridurre il danno risarcibile (art. 1227 c.c.). Dovere di cooperazione che, in questo caso – ha puntualizzato la Corte – risulta esteso fino a comprendere il previo esperimento di un'azione giudiziaria, normalmente non considerato rientrante nell'ambito dello sforzo diligente richiesto al creditore danneggiato.

Questi ultimi profili non sono considerati dall'ordinanza n. 8436/2022. Sono però un motivo in più per dubitare – come fa la V sezione – della razionalità di un sistema che da un lato pretende dalla parte danneggiata uno sforzo teso a evitare o ridurre il danno provocato dall'illecito giudiziario amministrativo con tutti gli strumenti ordinari messi a disposizione dalla legge; dall'altro non consente alla parte di accedere allo strumento di ripristino che sarebbe più logico e naturale, la revocazione della sentenza del Consiglio di Stato.

4. La posizione della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale sull'art. 106 c.p.a. (con riferimento al giudicato interno contrastante con norme della CEDU).

L'osservazione che le la legge n. 117/1988 – specie dopo la riforma intervenuta con la legge n. 18/2015 – lasci il magistrato alla mercé di un'azione della parte soccombente priva di filtri preventivi e ponga le premesse di un ingiusto processo di responsabilità civile a carico dell'artefice dell'errore giudiziario, rappresenta un punto di vista lungamente e vivacemente dibattuto nella dottrina processualcivilistica^[19].

L'ordinanza n. 8436/2022 suggerisce quest'altro interrogativo: non sarà l'art. 106 c.p.a. foriero di un ingiusto processo anche per la parte, vittima dell'errore giudiziario?^[20]

Da tempo si discute della possibilità di introdurre una disposizione di legge che garantisca la riapertura del processo conclusosi con una violazione di norme del diritto dell'Unione europea^[21].

Il riferimento è a quella «nuova ipotesi di revocazione» che la Corte costituzionale ha immaginato nelle sentenze n. 123/2017 e 93/2018; soprattutto nella n. 6/2018, là dove si è riferita non solo al caso del giudicato (non penale) contrastante con una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma in genere al rapporto tra sentenze nazionali e decisioni delle «corti sovranazionali».

Non si può non ricordare tuttavia che fino ad ora l'istituto della revocazione amministrativa ha superato indenne il vaglio dell'interpretazione del giudice eurounitario. Gli esiti, anzi, sono tali da indurre la V sezione, nella decisione qui commentata, ad astenersi da un nuovo rinvio alla Corte di Giustizia avente ad oggetto all'art. 106 c.p.a., mettendo direttamente e sostanzialmente in pratica (pur senza citarlo) uno dei tre criteri elaborati dalla sentenza *Cilfit* (la presenza del cosiddetto *acte claire*).

A tal proposito l'ordinanza muove da una sintesi delle due sentenze *Randstad Italia*^[22] e *Hoffmann – La Roche*^[23], là dove la Corte di Giustizia ha ritenuto che il diritto dell'Unione europea non osti alla mancanza nell'ordinamento italiano di un rimedio

ripristinatorio contro l'inadempimento, da parte delle giurisdizioni di ultima istanza, dell'obbligo di rinvio pregiudiziale sancito dall'art. 267 TFUE.

In particolare la Corte ha negato di poter porre rimedio alla inesistenza di una norma che, dinanzi alla violazione del diritto UE, permetta alla Cassazione di annullare le sentenze del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione (caso *Randstad*) e ha seguito analogo ragionamento riguardo alla mancanza di una norma che consenta al Consiglio di Stato di riparare, su ricorso per revocazione (art. 106 c.p.a.) alle proprie sentenze confliggenti con una sentenza della Corte di Giustizia (caso *Hoffman – La Roche*).

In entrambe le sentenze, peraltro, la Corte di Giustizia ha richiamato il vincolo dell'ordinamento nazionale alla garanzia della responsabilità dello Stato verso i singoli per illecito giudiziario lesivo di diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Vale a dire che l'obbligo degli Stati membri è soddisfatto con la garanzia dell'azione di risarcimento del danno e che eventuali problemi di coerenza del sistema processuale interno non mettono capo alla competenza della Corte di Giustizia.

Posto dunque che il diritto dell'Unione europea non esige un rimedio revocatorio, limitandosi ad imporre la previsione di un obbligo di riparazione degli errori giudiziari, è ragionevole chiedersi se non possa essere la Corte costituzionale a trovare risposta all'esigenza di un «*componimento dei diversi interessi costituzionalmente rilevanti a un livello superiore a quello dei diretti interessati*»^[24].

Finora la Corte Costituzionale, al di là di una certa sensibilità al problema, non ha dato segnali incoraggianti. Ma neppure si può esser certi che ve ne fossero le premesse.

Basti pensare al mancato avallo, da parte della Corte, alla concezione estensiva dell'eccesso di potere giurisdizionale ipotizzata dalla Cassazione (sentenza n. 6/2018) per un più ampio sindacato sulla compatibilità convenzionale di norme interne. Oppure si può pensare alla sentenza n. 123/2017, con la quale la Corte ha disconosciuto il proprio potere, in difetto di intervento legislativo, di dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 106 c.p.a., nella parte in cui non prevede la revocazione della sentenza amministrativa (correttamente, «non penale») contrastante con una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ciò che occorre considerare, è che in queste occasioni la Corte ha dovuto pronunciarsi nei limiti fissati da ordinanze di promovimento che indicavano quale norma costituzionale violata l'art. 117 comma 1, in relazione al parametro interposto dell'art. 46 § 1 CEDU (obbligo degli Stati-parte della Convenzione di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo).

Così è stato nella sentenza n. 6/2018, dove la Cassazione, senza successo, aveva portato all'attenzione della Corte la propria concezione dinamica dell'eccesso di potere giurisdizionale al fine di dimostrare il requisito della rilevanza (o della propria legittimazione come giudice *a quo*)^[25] nel promovimento del giudizio di costituzionalità su norma interna contrastante con la CEDU^[26].

Lo stesso dicasi per la sentenza n. 123/2017, dove l'affermata incostituzionalità dell'art. 106 c.p.a., per mancata previsione della riapertura del giudicato contrario a una sentenza della Corte di Strasburgo, era stata dedotta dall'adunanza plenaria allo scopo di far sì che lo Stato

– grazie alla nuova ipotesi di revocazione – evitasse onerosi indennizzi dovuti a «responsabilità convenzionale».

Ed è sempre muovendosi sul terreno del rapporto con la CEDU che il legislatore, sollecitato dalla sentenza n. 123/2017, ha da poco compiuto un importante passo avanti sulla strada della riapertura del giudicato nazionale contrastante con il pronunciamento della Corte di Strasburgo.

Il recente decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 149, recante modificazioni al codice di procedura civile, ha previsto (art. 3 comma 27 lettera b).3 e comma 28 lettera o), una nuova ipotesi di revocazione (art. 391-quater), valevole non solo per le decisioni della Corte di cassazione ma anche per le sentenze del giudice ordinario passate in giudicato (nuovo art. 360 n. 3 c.p.c.).

Il nuovo articolo 391-quater c.p.c. dispone che *«Le decisioni passate in giudicato il cui contenuto è stato dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali ovvero ad uno dei suoi Protocolli, possono essere impugnate per revocazione se concorrono le seguenti condizioni:*

- 1) *la violazione accertata dalla Corte europea ha pregiudicato un diritto di stato della persona;*
- 2) *l'equa indennità eventualmente accordata dalla Corte europea ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione non è idonea a compensare le conseguenze della violazione.*

Il ricorso si propone nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione o, in mancanza, dalla pubblicazione della sentenza della Corte europea ai sensi del regolamento della Corte stessa. Si applica l'articolo 391-ter, secondo comma. L'accoglimento della revocazione non pregiudica i diritti acquisiti dai terzi di buona fede che non hanno partecipato al giudizio svolto innanzi alla Corte europea».

L'art. 391-quater c.p.c. dovrebbe ritenersi applicabile al processo amministrativo anche senza una modifica dell'art. 106 c.p.a., considerato il rinvio dell'art. 106 all'art. 395 c.p.c. (che a sua volta si collega all'art. 391-quater) e comunque il più generale rinvio «esterno» di cui all'art. 39 c.p.a.

Sta di fatto però che la norma si applica alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, non alle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea^[27] (tra l'altro non provviste, ai sensi del TFUE, di una clausola di esecutività analoga a quella sancita dall'art. 46 § 1 CEDU).

Quanto alla possibilità di estendere la disciplina anche alle sentenze della Corte di Giustizia, si è sostenuto che sia una soluzione compatibile con il diritto eurounitario^[28]; tuttavia in assenza di una legge non è realizzabile mediante la diretta applicazione analogica dell'art. 391-quater c.p.c.^[29].

E, a parte questo, la prospettiva stessa di sottoporre la disciplina dettata dall'art. 106 c.p.a. al diritto eurounitario non può fare a meno di confrontarsi con altre esigenze non meno importanti, legate all'assetto della legislazione interna ed in particolare al principio di certezza giuridica e di stabilità del giudicato amministrativo, che, com'è noto, stanno alla base dell'istituto della revocazione.

5. La prospettiva «tradizionale» di applicazione al caso di specie dell'art. 395 n. 4 c.p.c. (art. 106 c.p.a.) porterebbe a una pronuncia d'inammissibilità della revocazione.

La stessa ordinanza n. 8436/2022 mostra d'altronde i suoi snodi argomentativi di maggiore interesse laddove ricerca nel diritto interno, cioè nell'interpretazione dell'art. 395 n. 4 c.p.a., il regime dell'errore percettivo del giudice sul contenuto dell'istanza di rinvio pregiudiziale.

Torniamo dunque alla radice del problema: è revocabile la sentenza del Consiglio di Stato quando il procedimento di formazione della volontà del giudice risulta viziato da errore percettivo (abbaglio dei sensi) sui contenuti dell'istanza di rinvio pregiudiziale, cosicché appare troncato il canale di comunicazione con la Corte di Giustizia voluto dall'art. 267 TFUE? O è tutto fatalmente destinato a risolversi in un problema di responsabilità dello Stato e, mediamente, dei giudici in persona? Volendo applicare al caso di specie le acquisizioni prodotte dalla sentenza dell'adunanza plenaria n. 3/1997, si dovrebbe «*tradizionalmente*» pervenire – afferma la V sezione – alla conclusione che l'errore commesso dal giudice nel rigettare l'istanza di rinvio è errore di diritto, non di fatto, e che di conseguenza la revocazione è inammissibile: se «*la risposta non soddisfa la domanda*», l'errore è «*indubbiamente intervenuto nel compimento dell'operazione intellettuale propria e preliminare del giudicare: l'individuazione prima, e l'interpretazione poi, della questione giuridica da risolvere è un'attività della mente, se la si sbaglia e, in conseguenza di ciò, la risposta di giustizia risulta inconciliabile con la domanda posta v'è un fraintendimento che non è dei sensi, ma del giudizio*».

Accanto a questo, cioè alla consistenza prettamente “giudicante” dell'attività da cui ha origine il vizio, gioca tuttavia un ruolo decisivo un secondo argomento, che la stessa V sezione del Consiglio di Stato ha svolto in una sentenza dello scorso anno (n. 838/2021) per negare l'ammissibilità della revocazione e che nell'ordinanza 8436/2022 viene richiamata quale termine essenziale del contrasto tra sezioni.

La sentenza n. 838/2021 si basa sulla natura *officiosa* del potere di rimessione alla Corte di Giustizia previsto dall'art. 267 TFUE, traendone il convincimento che non esista un rapporto tra «chiesto» e «pronunciato»: la decisione del Consiglio di Stato sul rinvio pregiudiziale, nonostante possa essere avvertita come pronuncia *materialmente* o *di fatto* adottata in considerazione dell'istanza di parte, non andrebbe riportata all'obbligo di pronuncia che consegue alla proposizione dell'azione, non ricreandosi, in quell'istanza, i caratteri della domanda, ma un semplice tentativo di indurre il giudice a mettere in pratica la propria conoscenza del diritto (*iura novit curia*, art. 113 c.p.c.) in modo convergente con l'interesse della parte.

Ridetto con le parole della sezione V, «*l'istanza di rinvio pregiudiziale (non diversamente, del resto, da quello che accade nei casi in cui la questione interpretativa si collochi sul crinale del dubbio di legittimità costituzionale) va acquisita in termini di mera sollecitazione al rilievo officioso, essendo inidonea a strutturare, sul piano formale, una domanda (o una eccezione) in senso tecnico, in ordine alla quale operi, in chiave di doveroso, necessario e compiuto riscontro, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (cfr. art. 112 cod. proc. civ.)*». Di conseguenza, non sarebbe «*possibile, per definizione, prospettare una omessa pronuncia sulla questione interpretativa, in ordine alla quale possa anche solo astrattamente prefigurarsi, nei sensi chiarito, un errore sensopercettivo del giudice, che – per una svista – abbia trascurato di apprezzarla*».

Così come non sussisterebbe «*la pretesa, tutelabile ex se, a “conoscere, sulla vicenda, il punto di vista della Corte di giustizia” e tanto meno la possibilità di affidare tale pretesa ad una “istanza precisa”, articolata e formalizzata “in stretta aderenza alle censure dedotte avverso l’atto impugnato”, tale che il suo omesso vaglio (...) possa prefigurare una fattispecie revocatoria*».

A tale orientamento ha aderito anche la sentenza della VI Sezione, 15 febbraio 2022, n. 1088.

6. Il contrapposto indirizzo “innovativo” del Consiglio di Stato. La sentenza della IV sezione n. 2530/2018 e la sua analogia con il caso trattato dalla V sezione nell’ordinanza n. 8436/2022.

Ciò che induce la V sezione a non seguire la strada già percorsa è una più risalente (ma solo di qualche anno) sentenza della IV sezione del Consiglio di Stato (n. 2530/2018). Quest’ultima ha accolto un ricorso per revocazione ex art. 395 n. 4 c.p.c. nel quale la parte sosteneva che la sentenza d’appello fosse caduta in equivoco, giacché aveva «*stravolto il contenuto materiale della questione prospettata, fino a sostituirla – nella sua percezione alterata – con un’altra questione, di contenuto materiale completamente diverso, non pertinente rispetto alle proprie difese*» e non decisiva per la corretta risoluzione della lite.

La vicenda sottesa all’ordinanza n. 8436/2022 è sovrapponibile – afferma la V sezione – a quella da cui ha tratto origine il precedente del 2018. In tale pronunciamento si chiedeva al Consiglio di Stato di investire la Corte di Giustizia del contrasto con il diritto europeo di norme nazionali che prevedevano, per l’operatore economico partecipante a una gara pubblica, la perdita del requisito di qualificazione SOA per effetto di qualsiasi contratto di cessione (anche minima e insignificante) di ramo d’azienda.

Al che il Consiglio di Stato aveva replicato, del tutto illogicamente, citando la «*decisione n.8/2015 dell’Adunanza Plenaria*», che «*ha reputato del tutto compatibile con il Diritto dell’Unione europea l’onere di mantenere il richiesto requisito di qualificazione per tutta la durata della procedura di gara*».

Nel giudizio di revocazione, la IV sezione aveva dato ampio risalto a questa anomalia motivazionale: era come se dalla sentenza d’appello emergessero due istanze di rinvio, quella effettivamente dedotta dalla parte e quella successivamente immaginata dal giudice, tra loro radicalmente inconciliabili. Una, riferita all’irragionevolezza dei motivi che comportano decadenza delle attestazioni SOA, l’altra, al periodo di tempo per il quale il requisito dev’essere conservato. Profilo, quest’ultimo, del tutto irrilevante e con riferimento al quale la parte non avrebbe neppure avuto interesse a ricorrere.

Grande importanza era stata data inoltre, dalla IV sezione, alla doverosità del rinvio pregiudiziale per la giurisdizione nazionale d’ultima istanza e alla gravità della violazione che si compie con la mancata rimessione alla Corte di Giustizia di una questione d’interpretazione del diritto dell’Unione, stante «*il monopolio della Corte – in forza dei Trattati istitutivi – in ordine all’esatta interpretazione e uniformità di applicazione del diritto europeo (principi del primato e dell’effettività del diritto europeo)*».

La sezione aveva quindi concluso che quando la decisione d'appello rifiuta il rinvio alla Corte di Giustizia con una motivazione inconciliabile con quella sollevata dalla parte, essa non è viziata da un ordinario difetto di logicità – come tale inidoneo alla revocazione – bensì da una svista di natura percettiva (abbaglio dei sensi) che concretizza la fattispecie revocatoria di cui all'art. 395 n. 4 c.p.c.

Il caso all'origine dell'ordinanza n. 8436/2022 verte su identica materia.

Un raggruppamento temporaneo di imprese era stato escluso da una gara per l'affidamento di una concessione di lavori pubblici perché la capogruppo, pur presentandosi quale esecutore del contratto – ma non specificando di voler utilizzare la propria organizzazione d'impresa – non disponeva dell'attestazione SOA, posseduta invece regolarmente dalle altre imprese raggruppate, le quali assicuravano, già per loro stesse, la copertura integrale delle categorie dei lavori da eseguire.

In tal modo però non risultava rispettato il bando di gara, che richiedeva l'attestazione SOA a ciascun soggetto del raggruppamento, in caso di offerta che prevedesse la realizzazione diretta delle opere oggetto della concessione. Tanto meno la capogruppo poteva affermare di detenere i requisiti di esecuzione «in misura maggioritaria», che pure il bando prescriveva, uniformandosi all'art. 92 comma 2 del regolamento (DPR 207/2010) e all'art. 83 comma 8 del Codice dei contratti pubblici.

Nel giudizio di appello il R.t.i. aveva sollevato un autonomo profilo di ingiustizia della sentenza del TAR, sostenendo che la *lex specialis* – e, in subordine, la norma di legge sulla quale si basava – contrastasse con la giurisprudenza della Corte di Giustizia «che ritiene incompatibili con il diritto dell'Unione Europea (...) disposizioni suscettibili di determinare, per oggetto o per effetto, una restrizione delle condizioni di partecipazione, con particolare riferimento a previsioni che comportino una limitazione della possibilità di avvalersi di forme e strumenti di partecipazione in forma associata».

Al che, inopinatamente, la sentenza d'appello aveva replicato che «la scelta di presentarsi come raggruppamento temporaneo di imprese non è stata imposta dal bando di gara, il quale ha solo specificato i requisiti di qualificazione da possedere ove gli operatori economici avessero optato per tale forma giuridica». «Ma» – ammette il giudice della revocazione – «di questo non si dubitava, contestata, invece, era la limitazione imposta nella assunzione delle prestazioni in caso di raggruppamento temporaneo».

L'ordinanza n. 8436/2022 riconosce insomma pienamente la svista in cui è incorsa la V sezione nel pronunciamento conclusivo del giudizio d'appello: nell'invocare la giurisprudenza della Corte di Giustizia, il R.t.i. non lamentava un obbligo degli operatori economici di *presentarsi* in raggruppamento, bensì l'onere di *ripartirsi* in modo orizzontale i requisiti di esecuzione, intestandone alle mandanti una percentuale minima e alla capogruppo la quota maggioritaria, anziché poterli dimostrare «complessivamente» (come consente l'art. 95 D.P.R. n. 207/2010 riguardo ai requisiti economici e finanziari).

7. La sentenza *Caruter* della Corte di Giustizia (22 aprile 2022, C-642/20) aumenta le probabilità di un giudizio di responsabilità per illecito giudiziario.

Il caso vuole, tra l'altro, che dopo la sentenza d'appello, nelle more del giudizio di revocazione, le ragioni dell'impresa siano state anche indirettamente riconosciute dal Giudice europeo.

La Corte di Giustizia, IV sezione, con la sentenza 28 aprile 2022, C-642/20 (*Caruter* S.r.l. contro *S.R.R. Messina* e altri, su rinvio pregiudiziale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana) ha dichiarato l'art. 83 comma 8 del Codice dei contratti pubblici incompatibile con l'art. 63 della Direttiva 2014/18/CE diritto europeo, il quale, a giudizio della Corte, «*deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria*».

L'ordinanza n. 8436/2022 non fa cenno alla sentenza *Caruter*. E' chiaro tuttavia che, qualora la plenaria si orientasse nel senso della non revocabilità della decisione d'appello impugnata, la sentenza *Caruter* renderebbe più probabile la responsabilità dello Stato (e dei magistrati del Consiglio di Stato) verso l'impresa ricorrente, nei termini sanciti dall'art. 2 commi 3 e 3-bis della legge n. 117/1988.

Di questo invece l'ordinanza n. 8436/2022 è ben consapevole, come si legge ai punti 3.5.3., 3.5.4 e 3.5.5. della motivazione: «*V'è un punto (...) sul quale occorre riflettere: le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea portano a ritenere che ogni vicenda giudiziaria che si sia definitivamente conclusa, in virtù dell'esaurimento dei rimedi interni con un assetto di interessi contrastante con il diritto dell'Unione europea è suscettibile di innescare un correlato e complementare giudizio nel quale discutere della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea al fine di accertare se sussistano le condizioni per la condanna al risarcimento del danno a beneficio del cittadino che in ragione di tale violazione abbia subito pregiudizio ai propri diritti. (...) Sorge, però, un dubbio di ragionevolezza, poiché da una parte è preclusa la possibilità di emendare il vizio consistente nella violazione del diritto dell'Unione europea attraverso un rimedio di sicura efficacia e rapidità quale il rimedio revocatorio (da esperirsi in unico grado dinanzi allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza) e, dall'altra, è ammessa l'introduzione di un giudizio risarcitorio, che per l'articolazione nei gradi ordinari è destinato in ogni caso a svilupparsi in un arco temporale più lungo con l'esito incerto dovuto all'accertamento delle condizioni per accedere al risarcimento.*

L'intima coerenza dell'ordinamento – ciò che lo rende razionale – è in tensione ove lo stesso errore non è considerato a tal punto ingiusto da portare alla revoca, ma le sue conseguenze ingiuste meritevoli di essere remediate in via risarcitoria.

(...) A parere della Sezione la soluzione delle questioni poste all'Adunanza plenaria dovrebbe essere vagliata anche alla luce delle precedenti considerazioni».

8. Il “tranello” dell'effetto utile del diritto dell'Unione europea.

Ultimato il tentativo di ripercorrere l'iter motivazionale dell'ordinanza n. 8436/2022, è il momento di una valutazione complessiva dei molti profili da essa riguardati.

La richiesta che la plenaria si faccia carico del dubbio di «ragionevolezza» di un ordinamento che offre alla parte il solo rimedio risarcitorio può essere tradotta in una questione

affrontabile da due punti di vista o, se si preferisce, con due possibili criteri d'inquadramento sistematico della fattispecie di cui all'art. 395 n. 4 c.p.c. Il primo è la "tradizionale" lettura del diritto di difesa (art. 24 comma 1 Cost.) rispetto al principio di incontrovertibilità e stabilità della cosa giudicata. Il secondo è l'interposizione degli articoli 2 e 4 della legge n. 117/1988, sul presupposto che l'art. 106 c.p.a. sia una norma strutturalmente partecipe e quindi responsabile della ragionevolezza di un sistema di riparazione degli errori giudiziari (art. 24 ultimo comma Cost.), la cui fonte principale è rappresentata, per l'appunto, dalla "legge Vassalli".

Collocandoci per ora dalla prima di queste due possibili angolature (e lasciando in sospenso la seconda, sulla quale si tornerà nelle battute conclusive) è necessario iniziare dall'esatta portata dell'interpretazione contenuta nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 3/1997.

Si è visto che uno dei due indirizzi tra loro ritenuti in contrasto – quello della IV sezione (n. 2530/2018) – vede in questa sentenza una «lettura estensiva» dell'errore revocatorio.

In verità l'opinione sembra solo parzialmente esatta, poiché l'autorevole precedente, a rileggerlo bene – ed anche a sorvolare sulle fondate perplessità che già quella decisione destò in una parte della dottrina^[30] – funge più da deterrente che da stimolo ad ulteriori allargamenti.

Senza dubbio nella sentenza n. 3/1997 c'è il rifiuto di una nozione circoscritta di errore di fatto, nella misura in cui viene riconosciuto che la falsa percezione dell'atto o documento processuale apre la via alla revocazione anche quando dà luogo a semplice mancata corrispondenza tra chiesto e pronunciato, vizio che un tempo la giurisprudenza ascriveva ex sé alla sfera dell'*error iuris*^[31].

Non va però dimenticato che, così argomentando, l'adunanza plenaria ha voluto soprattutto allinearsi agli sviluppi della giurisprudenza della Cassazione, in merito alla revocabilità della sentenza civile d'appello per omessa pronuncia dovuta a errore su atti o documenti processuali.

La plenaria ha lasciato così totalmente in ombra, di fatto superandola, quell'interpretazione specialistica o "amministrativistica" delle sezioni del Consiglio di Stato, che prima riportavano all'art. 395 n. 4 c.p.c. vizi propriamente classificabili in termini di errore di diritto^[32] (il caso più celebre: l'errore del giudice amministrativo sulla vigenza di un regolamento annullato)^[33].

E da questo punto di vista la sentenza del 1997, piuttosto della premessa storica di un'interpretazione "estensiva" dell'art. 395 n. 4, sta ad esprimere una necessità di coerenza alla disciplina del processo civile^[34], dunque una lettura in chiave "restrittiva" dell'errore di fatto revocatorio.

Ora, ciò che l'ordinanza n. 8436/2022 chiede all'organo della nomofilachia non è di rielaborare un'accezione prettamente "amministrativistica" dell'errore revocatorio, ma di creare una semplice eccezione per il caso in cui l'errore, pur essendo «di giudizio», si è concretizzato in una falsa percezione dei presupposti dell'obbligo di rinvio alla Corte di Giustizia.

Proprio qui sta, a mio avviso, il punto debole dell'ordinanza n. 8436/2022: essa trova il suo unico motivo di fondo nella pregiudizialità eurounitaria e fa perno sulla specificità dell'obbligo sancito dall'art. 267 TFUE per prospettare una deroga alle normali categorie interpretative. Finisce così per essere l'ennesima voce che lamenta la mancanza un mezzo d'impugnativa a critica vincolata, "dedicato" all'esigenza di rimediare all'errore del giudice sull'applicazione del diritto dell'Unione europea.

Non si tratta, a ben vedere, se non dell'approccio già mostrato dall'adunanza plenaria nell'ordinanza n. 2/2015, allora riferita al giudicato contrastante con la CEDU, cui è seguita la sentenza della Corte costituzionale n. 123/2017 (richiamata nella n. 6/2018): l'esigenza di un rimedio fondato unicamente sull'ubbidienza alla dottrina dell'effetto utile del diritto dell'Unione europea; eppure, rispetto agli elementi caratterizzanti la revocazione nel diritto interno, una sorta di "ibrido"^[35].

L'elemento di cui l'ordinanza n. 8436/2022 non si accorge, così impostando il ragionamento, è che il problema della «nuova ipotesi di revocazione» si svuota di sostanza giuridica, se lo si continua a basare soltanto sull'urgenza di una norma interna che assicuri il puro e semplice primato del diritto dell'Unione. Che l'ordinamento eurounitario sia un efficace fattore evolutivo degli istituti giuridici nazionali è cosa risaputa; ma per vedere realizzato un tale effetto nel caso della revocazione, *occorre che essa sia prima di tutto un efficace strumento di tutela delle situazioni soggettive nazionali*: anche in questo senso opera il "principio di equivalenza" costantemente affermato dalla Corte di Giustizia.

La riprova ne è proprio l'ordinanza n. 8436/2022, che, malgrado gli accenti posti sull'importanza dell'oggetto della svista percettiva (il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia), si guarda bene dall'invocare un «nuovo» caso di revocazione. Né tocca questioni di conformità del sistema processuale amministrativo al diritto dell'Unione europea, se non nei limiti in cui ciò le serve a prendere atto della sentenza *Hoffmann – La Roche* (che in un certo senso tranquillizza la sezione, alla stregua dei criteri *Cilfit*, sulla legittimità del decidere senza un nuovo rinvio dell'art. 106 c.p.a. alla Corte di Giustizia).

Già ad una prima lettura dell'ordinanza stessa, del resto, non si può fare a meno di notare che il vigore della contrapposizione tra diversi orientamenti sulla natura dell'obbligo di rinvio pregiudiziale si stempera in quesiti finali completamente appiattiti su una "classica" questione d'interpretazione dell'art. 395 n. 4 c.p.c. – se il mancato rinvio sia «*qualificabile come omissione di pronuncia dovuta ad errore di fatto*» – il cui intento, chiarissimo, è lasciare l'ultima parola alla soluzione di questioni di diritto interno in merito al rapporto tra il giudice amministrativo e l'oggetto del processo.

9. A cosa serve la revocazione nel processo amministrativo? La tesi, emersa nella giurisprudenza di primo grado, dell'applicabilità al processo amministrativo dell'art. 391-bis c.p.c. (sulla revocazione delle sentenze della Cassazione) e della natura "straordinaria" del rimedio.

Arriviamo così a una seconda criticità dell'ordinanza n. 8436/2022: il trascinare con sé – certo non per colpa del giudice – la grave irrisolutezza dell'art. 106 c.p.a., disposizione

incompleta e impermeabile ad un inquadramento sistematico dell'istituto della revocazione amministrativa.

Può darsi che la plenaria, nel seguire l'orientamento della IV sezione (n. 2530/2018), decida di trarre spunto dal “tono eurounitario” della questione per rimeditare *funditus* il senso di un istituto che (come del resto l'appello) è regolato da una disciplina alquanto lacunosa. Cadrebbe a proposito un'esattissima intuizione della dottrina del processo civile: «*perché è data ed a cosa serve la revocazione*»^[36]? Cosa vuol dire esattamente l'art. 106 c.p.a., quando stabilisce che le sentenze del Consiglio di Stato «*sono impugnabili per revocazione*» nel caso previsto dall'articolo 395 n. 4 del codice di procedura civile?

È fin troppo evidente che un riscontro anche solo minimamente attendibile a simili interrogativi richiederebbe di trasferire l'indagine su un piano ben diverso di quello qui consentito. Comunque non si troverebbero, anche alla più approfondita ricerca, principi generali atti ad indirizzare l'interprete verso una nozione “estensiva” dell'errore di fatto revocatorio nel processo amministrativo.

Nel codice del 2010 si trova mutuata dal codice di procedura civile la regola della *sussidiarietà* della revocazione rispetto all'appello (art. 106 comma 3, da cui deriva la conversione in motivi di gravame delle cause di cui all'art. 395 c.p.c. e l'irrevocabilità della sentenza del TAR per le fattispecie di cui ai nn. 4 e 5).

Come nel processo civile, inoltre, l'errore revocatorio, rilevato dal giudice d'appello, ovviamente e necessariamente in termini di motivazione gravemente difettosa della sentenza impugnata (ad es. omessa pronuncia o palese illogicità) non comporta – se bene s'intende la giurisprudenza della plenaria – l'applicazione dell'art. 105 c.p.a. e l'annullamento con rimessione al giudice di primo grado, ma obbliga il Consiglio di Stato al pronunciamento di merito, dovendosi dare prevalenza all'effetto devolutivo/sostitutivo dell'appello rispetto all'autonomia del rescissorio garantita dalla regressione al primo giudice^[37].

Massime, queste ultime, avallate dalla Corte costituzionale (sentenza n. 58 del 2020), che ha ritenuto che l'eliminazione del doppio grado di giurisdizione, tanto per il giudizio civile (art. 354 c.p.a.) che per quello amministrativo (art. 105 c.p.a., così come interpretato dalla plenaria), non denoti profili d'illegittimità per contrasto con gli artt. 3, 24, 111 e 117, comma 1 Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU).

Infine, analogamente al codice di procedura civile, il divieto di reiterazione a catena del rimedio di cui all'art. 106, espresso dalla possibilità di esperimento degli ordinari mezzi d'impugnazione, tranne la revocazione, contro la sentenza emessa nel giudizio di revocazione (art. 107 c.p.a., cfr. art. 403 c.p.c.).

Ma l'affinità dei due modelli processuali si arresta qui.

Nel codice di procedura civile la revocazione per errore di fatto della sentenza d'appello concorre col ricorso per Cassazione (art. 398), appunto perché è uno strumento configurato per un vizio palese ed «*appresta una tutela per eventualità assai prossime alle censure in Cassazione, ma in queste non ricompreso*»^[38]. Essa può pertanto essere proposta simultaneamente ed indipendentemente dal ricorso ex art. 360 c.p.c. Si è anzi sostenuto, in dottrina, che nel caso di errore di fatto *in procedendo* (ad esempio supposizione della inesistenza di un fatto risultante

dal verbale di causa) la parte potrebbe persino far valere, a sua scelta, l'errore di fatto revocatorio come motivo di revocazione o di ricorso per cassazione[39].

Nel processo amministrativo questa relazione di “concorrenza” è assente, poiché le sentenze del Consiglio di Stato non sono ricorribili in Cassazione tranne che per «motivi inerenti alla giurisdizione» (art. 111 comma 8 Cost.), ai quali non è in alcuna maniera riconducibile l'errore revocatorio (nel senso che quest'ultimo non può essere fatto valere come difetto di *potestas iudicandi*)[40].

Non solo quindi nel processo amministrativo non è data possibilità di concorso tra revocazione per errore e giudizio di Cassazione, ma – conseguenza di gran lunga più importante – la sentenza del Consiglio di Stato, a patto di risultare rispettosa dei limiti esterni della giurisdizione, dà luogo a cosa giudicata formale anche se affetta da una violazione, non importa quanto grave, della legge^[41].

Anche per ciò si potrebbe affermare che il sistema non offre solidi ancoraggi ad una lettura «estensiva» dell'errore di fatto revocatorio, né a contaminazioni tra errore di fatto ed errore di diritto. Si potrebbe anzi aggiungere, come da tempo fa la giurisprudenza, che l'art. 395 n. 4 c.p.c. va interpretato in modo tale da «evitare che un distorto utilizzo» della revocazione «dia luogo ad un inammissibile ulteriore grado di giudizio di merito, non previsto e non ammesso dall'ordinamento»[42] (e che poi questa lettura sia corretta o non pecchi di qualche, pur comprensibile, sovrapposizione concetto di *straordinarietà* a quello di *critica vincolata*, è altra questione[43], su cui non è la sede né il momento di soffermarsi).

Ma v'è di più: a guardare bene neppure la disciplina del Codice di procedura civile potrebbe ritenersi del tutto fedelmente richiamata dall'art. 106 c.p.a., considerando che il Consiglio di Stato è, nel suo plesso, giudice di ultima istanza, oltre che giudice d'appello. La revocazione per errore di fatto delle sentenze della Corte di Cassazione[44] ha infatti, per espressa disposizione del Codice di procedura civile (art. 391-bis) natura di rimedio straordinario o meglio – più precisamente – non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza d'appello impugnata per cassazione con ricorso respinto.

Per quanto l'assimilazione possa ritenersi semplicistica o suggestiva (tant'è evidente la diversità tra le due tipologie di pronuncia oggetto di revocazione) essa, come subito vedremo, non è del tutto estranea alla giurisprudenza e neppure priva di rilevanti conseguenze pratiche.

Tocchiamo qui un altro problema di un certo rilievo. Accogliendo una dicotomia pur non priva di critiche in dottrina[45] – e accettando altresì la premessa che un mezzo d'impugnazione può essere “straordinario” anche quando è collegato alla pronuncia impugnata da un termine di decadenza (per via della natura palese del vizio)[46] – una domanda non si può evitare: la revocazione per errore di fatto (art. 395 n. 4) delle sentenze del Consiglio di Stato è un rimedio “ordinario” o “straordinario”?

Al riguardo, mi limito a notare che la risposta può essere impostata – e lo è stata, in giurisprudenza – in entrambi i modi, proprio per l'ambiguità dell'art. 106 c.p.a.

Una prima tesi potrebbe essere che l'art. 106 c.p.a. qualifica la revocazione delle sentenze del Consiglio di Stato per il motivo di cui al n. 4 dell'art. 395 c.p.c. allo stesso modo in cui il codice di procedura civile qualifica la revocazione delle sentenze della Corte di Cassazione:

un mezzo d'impugnazione "straordinario", attraverso il quale la legge, al pari di quanto avviene nelle fattispecie «occulte» (art. 395 n. 1, 2, 3 e 6 c.p.c.), intende stabilire soltanto «un'eccezione alla regola dell'immutabilità della sentenza sancita dall'art. 324 c.p.c.»^[47] posteriormente al perfezionamento della cosa giudicata formale.

Parte della giurisprudenza sembra schierata su questa posizione: che alla revocazione delle sentenze del Consiglio di Stato si applichino le disposizioni sulla revocazione delle sentenze della Cassazione, da intendersi implicitamente richiamate dall'art. 106 c.p.a. in forza del rinvio all'art. 395 n. 4 c.p.c. – alla luce del fatto che entrambi gli organi in questione sono giudici di ultimo grado – o, secondo altra possibile ricostruzione, direttamente applicabili per effetto del «rinvio esterno» di cui all'art. 39 c.p.a.^[48]

Risulterebbe così incluso, tra le disposizioni richiamate dall'art. 106 c.p.a., l'art. 391-bis c.p.c., per cui «*La pendenza del termine per la revocazione della sentenza della Corte di cassazione non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza impugnata con ricorso per cassazione respinto*».

Alcuni giudici amministrativi di primo grado hanno stabilito pertanto che nel processo amministrativo la pendenza del termine per la revocazione previsto dall'art. 92 commi 1 e 3 c.p.a., ove si tratti d'impugnativa per errore di fatto, non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza di appello che ha definito la questione sul piano sostanziale^[49], giacché «*la sentenza del Consiglio di Stato (equiparabile ai fini di cui trattasi a quella della Corte di cassazione in quanto giudice di ultimo grado) acquisisce autorità di cosa giudicata a prescindere dalla proposizione del ricorso per revocazione*»^[50].

Se ne sono tratte varie conseguenze: rispetto alla decorrenza del termine di 120 giorni per l'esercizio dell'azione risarcitoria cumulata a quella di annullamento (art. 30 comma 5 c.p.a.)^[51]; alla qualificazione di «definitività» dell'esclusione dalla gara ai fini della proponibilità del ricorso contro l'aggiudicazione^[52]; alla nozione di «*procedimenti giudiziari pendenti*» ai fini della definizione stragiudiziale del contenzioso in materia di concessioni demaniali (art. 1 commi 732 e 733 legge n. 147/2013)^[53]; oltre che sul concetto di «*giudicato*» in sede di ottemperanza a sentenza civile di condanna della pubblica amministrazione^[54].

Si deve aggiungere, a questo proposito, che l'art. 4 legge n. 117/1988 prevede che l'azione di risarcimento del danno contro lo Stato possa essere esercitata soltanto quando siano stati esperiti i mezzi «ordinari» di impugnazione. Se dunque si assumesse che la revocazione per errore di fatto della sentenza del Consiglio di Stato sia un mezzo «straordinario», anche il termine di tre anni per l'instaurazione del giudizio civile di danno decorrerebbe dal giorno del deposito della sentenza d'appello impugnata (nel caso affrontato dall'ordinanza n. 8436/2022, ad esempio, dal 19 aprile 2021 con scadenza 19 aprile 2024).

10. La tesi opposta del Consiglio di Stato (V sezione, sentenza n. 3923/2918). Il "recupero" della natura ordinaria della revocazione prevista dall'art. 395 n. 4 c.p.c. (e le sue implicazioni).

Una delle sentenze di primo grado summenzionate, la più significativa, è stata tuttavia riformata dal Consiglio di Stato, il quale ha ritenuto che nel processo amministrativo non trovi applicazione l'art. 391-bis c.p.c. «*non essendo equiparabile la posizione della Corte di Cassazione,*

quale giudice di legittimità, al Consiglio di Stato che, pur giudice di ultimo grado, decide il merito della controversia»[55].

Vediamo qui prevalere un secondo punto di vista: il criterio di confronto tra la sentenza del Consiglio di Stato e la sentenza della Cassazione non verte sull'essere entrambi giudici di ultimo grado, ma sull'essere uno giudice di merito (provvisto cioè della *cognitio causae*),[56] l'altro giudice di legittimità.

In effetti la tesi dell'applicabilità al processo amministrativo dell'art. 391-bis c.p.c. non appare convincente. Essa trascura anzitutto che non v'è analogia di "situazione impugnatoria", essendo chiaro che l'art. 391-bis intende assicurare il passaggio in giudicato della sentenza d'appello *confermata* o comunque della «impugnata con ricorso di Cassazione *respinto*»; mentre il rinvio del Codice del processo amministrativo agli artt. 395 e 396 c.p.c. non contiene analoga clausola, semplicemente perché concepito nella logica (opposta) della posticipazione dell'effetto di cosa giudicata formale ad esito del rimedio revocatorio.

Proprio a tal proposito, del resto, non può sfuggire la forzatura alla quale si auto-costringe la giurisprudenza favorevole all'operazione "estensiva", allorché – consapevole che un'analogia stretta con l'art. 391-bis porterebbe, senza alcun senso, a considerare coperte dal giudicato solo le sentenze d'appello che abbiano respinto l'impugnazione e confermato la pronuncia del TAR – estende il riconoscimento dell'efficacia di giudicato genericamente alla sentenza d'appello che abbia *definito la questione sul piano sostanziale*, così peraltro ubbidendo ad una norma che non esiste nel codice di procedura civile.

In secondo luogo, le norme processuali civilistiche sulle impugnazioni, specie quelle sui mezzi "straordinari", sono il frutto di valutazioni di opportunità in merito al regime di stabilità della sentenza. Non corrispondono ad esigenze di realizzazione del diritto di difesa compiutamente demarcate sul piano sostanziale, bensì a scelte di politica legislativa sulla conformazione di determinati istituti processuali. Già solo per questo, difficilmente l'art. 391-bis potrebbe ritenersi applicabile al processo amministrativo. Il fatto poi che quelle decisioni di politica legislativa siano discrezionali e censurabili «*soltanto nei limiti della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte operate*»[57] vale ad escludere che l'applicazione analogica dell'art. 391-bis ubbidisca a una necessità di interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'art. 106 c.p.a. Neppure per questa via, dunque, l'art. 391-bis c.p.c. potrebbe essere considerato un *principio generale* che trova ingresso nel Codice del processo amministrativo attraverso la clausola del rinvio esterno (art. 39).

Infine, non sembra che l'art. 391-bis c.p.c. sia da considerare "implicitamente" evocato dal rinvio, operato dall'art. 106 c.p.a., all'art. 395 n. 4 c.p.c. Il testo dell'art. 106 è *lex posterior* rispetto all'art. 391-bis e, con piena consapevolezza della disciplina delle impugnazioni civili (che si deve presumere in capo al legislatore) prevede che le sentenze del Consiglio di Stato siano impugnabili per revocazione «*nei casi e nei modi previsti*» dall'art. 395 c.p.c., senza alcun riferimento all'art. 391-bis c.p.c. *Casi e modi previsti* significa che la revocazione per errore di fatto, nel processo amministrativo, è un rimedio "ordinario", non "straordinario".

L'effetto sospensivo della formazione della cosa giudicata, unito alla già menzionata natura sostitutiva del rimedio revocatorio, porta quindi a concludere che l'art. 395 n. 4 c.p.c. (art. 106 c.p.a.), a differenza dell'art. 111 comma 8 Cost. (cfr. art. 382 e 383 c.p.c.) rappresenti

l'unico caso in cui il vizio della sentenza d'appello apre davvero la porta ad un "terzo grado" di giudizio amministrativo.

Ma, riprendendo il discorso sull'ordinanza n. 8436/2022, non si vede allora perché l'art. 395 n. 4 c.p.c. dovrebbe prestarsi a interpretazioni che ne diminuiscano la fondamentale funzione selettiva. Come si è potuto constatare, la tesi sostenuta dalla IV sezione (sentenza n. 2530/2018) non invoca una nuova ipotesi di revocazione, che non sarebbe consentita dal quadro normativo dell'Unione; eppure non lesina i propri dubbi che si possa o si debba dare una versione più elastica dalle ipotesi vigenti di errore revocatorio, tra le quali inserire qualcosa di simile a una "*omessa pronuncia su questioni pregiudiziali di rilevanza europea*" o, se si preferisce la "*pronuncia su questioni pregiudiziali di rilevanza europea, mai sollevate dalla parte*". Sicché non è affatto chiaro, una volta scartato che ciò consegua all'applicazione del diritto dell'Unione, a quale regola o principio giuridico tutto questo possa mettere capo, e perché mai il giudice amministrativo debba darsi carico di un'interpretazione estensiva delle norme del Codice del 2010 sulla revocazione.

11. Rilievi critici in merito all'indirizzo (sez. V, n. 838/2021) messo a contrasto con quello della IV sezione: irriducibilità del motivo di ricorso giurisdizionale amministrativo al principio *iura novit curia*.

La sensazione, arrivati a questo punto, è che i quesiti rivolti alla plenaria possano essere affrontati senza discostarsi dalle correnti interpretazioni dell'errore revocatorio (art. 395 n. 4 c.p.c.); che non vadano per forza passati al vaglio di una reinterpretazione dell'art. 106 c.p.a. conforme all'effetto utile del diritto dell'Unione; che non impongano di accedere a una (non meglio specificata) «lettura estensiva» dell'errore revocatorio. Da questo angolo di visuale, si è avuto modo di notare che talune delle premesse ricostruttive della tesi della IV sezione (sentenza n. 2530/2018) non lasciano completamente appagati.

Ma dire questo non significa aver risolto il problema e tanto meno dare ragione al pronunciamento antagonista, per cui la svista del Consiglio di Stato sulla norma interna denunciata nell'istanza di rinvio non potrebbe *mai essere* sussunta all'errore revocatorio di cui all'art. 395 n. 4 c.p.c.

A non minori critiche, infatti, si espone l'indirizzo messo a contrasto, la sentenza della V sezione n. 838/2021, che offre un'impostazione molto particolare del problema^[58]. La decisione in parola, come si è visto, nega in partenza che l'istanza di rinvio rappresenti una domanda in senso tecnico e disconosce così l'esistenza dell'obbligo di pronuncia, sulla premessa che il rapporto processuale – sul quale ricade la decisione *ex officio* del giudice circa il proprio obbligo di rimessione alla Corte di Giustizia (art. 267 TFUE) – non sia quello tra il giudice e le parti, ma quello tra il giudice e l'ordinamento (*iura novit curia*).

La sentenza n. 838/2021 anticipa l'indirizzo citato al par. 2 (sentenza n. 5174/2022), il quale esclude *in generale* che l'errore di fatto revocatorio possa cadere sul contenuto delle argomentazioni difensive delle parti, non costituendo queste ultime dei "fatti" ai sensi dell'art. 395, n. 4 c.p.c.

Si prospetta senza dubbio, in questi termini, un passaggio ineludibile, forse il nocciolo della questione, che ci si augura non sfugga alla plenaria: stabilire se il modello di giudizio impugnatorio che caratterizza processo amministrativo implichi o meno il vincolo del giudice a decidere *secundum alligata et probata* anche con riferimento alla norma invocata dal ricorrente nel motivo di ricorso.

Il fondamento del dovere del giudice amministrativo di applicare le norme che il ricorrente assume violate è destinato a cambiare, a seconda che lo si identifichi con il principio costituzionale di soggezione alla legge (art. 101 Cost.) o con l'effetto obbligatorio dell'esercizio dell'azione, quindi con il vincolo del giudice alla domanda di parte (art. 112 c.p.c.) costituita dai motivi di ricorso.

Se si segue la prima delle due ipotesi, è corretto riconoscere che, in base al principio *iura novit curia*, il giudice ha tutto il diritto di stravolgere l'allegazione della norma effettuata dalla parte, giacché appunto si presume che essa non partecipi dei fatti costitutivi della pretesa azionata. Accogliendo la seconda ipotesi, si converrà invece che, in base al principio *iura novit curia*, il giudice può porre a fondamento della sua decisione soltanto norme diverse da quelle "erroneamente" richiamate dalle parti e, in ogni caso, può scegliere una norma differente soltanto se quest'ultima, al pari di quella sostituita, risulti applicabile ai fatti concretamente allegati, sui quali il giudice amministrativo non ha potere modificativo^[59].

Il passaggio è cruciale poiché nell'istanza di rinvio pregiudiziale la norma ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione non è parametro, ma oggetto della questione e sollevata offre quindi l'impressione di inserirsi nel processo a quo "come fatto" piuttosto che come fonte di diritto obbiettivo.

Su questo profilo della questione, almeno, la dottrina sostanzialmente concorda: «*nel processo amministrativo di impugnazione, il diritto entra quale elemento costitutivo del vizio-motivo e quindi in questa veste si presenta come fatto (...) un fatto affermato dal ricorrente al pari dei fatti che concretano la asserita violazione della fattispecie normativa (...). Da ciò deriva che l'affermazione, ampia e pacifica per il processo civile, che il giudice non è vincolato alla scelta della norma e alla interpretazione giuridica dei fatti, fornite dalle parti (iura novit curia), è valida nel processo amministrativo in misura molto attenuata. La scelta della norma spetta al ricorrente; al giudice spetta solo di riconoscere quale norma il ricorrente abbia scelto*»^[60].

La sentenza della IV sezione n. 2530/2018 è più o meno consapevolmente debitrice di quest'ultima impostazione – salvo assumere argomenti meno condivisibili riguardo alle modalità di soluzione del problema – mentre la V sezione (n. 838/2021) ne prende le distanze.

Non si può tuttavia fare a meno di rilevare che la V sezione, non meno della IV, pecca di eccessiva astrattezza e sottovaluta alcune importanti informazioni desumibili dalla giurisprudenza, là dove arriva a disconoscere qualsiasi effetto processuale all'istanza di rinvio pregiudiziale, definita una «*mera sollecitazione all'impulso officioso*», non avente natura di domanda o eccezione in senso tecnico.

Viene così contraddetto l'indirizzo, espresso a più riprese dal Consiglio di Stato, secondo il quale l'istanza di rinvio pregiudiziale va «*trattata come un ordinario motivo di ricorso*»; al punto che, al pari delle ordinarie censure di parte, va «*proposta dalla parte entro i termini di impugnazione dell'atto amministrativo, con motivo specifico, da articolarsi sin dal primo grado di giudizio*»^[61].

La sentenza n. 838/2021 ricorda altresì l'analogia con la pregiudizialità costituzionale; che dovrebbe però suggerire opposte conclusioni, visto che proprio a tale riguardo la giurisprudenza amministrativa, dopo alcuni orientamenti favorevoli a ravvisare il requisito della rilevanza di cui all'art. 23 comma 2 della legge n. 87/1953 a prescindere dal principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato[62], è sempre rimasta ferma[63] nel ritenere che la questione di legittimità di una norma sia rilevante solo se afferisce direttamente al *thema decidendum* determinato dai motivi di ricorso[64]; ricavandone altresì il logico correlato e cioè la massima giurisprudenziale per cui il ricorrente «*deve dedurre la questione di legittimità costituzionale di una norma con riferimento ad un provvedimento tempestivamente impugnato*»[65].

Infine, appaiono trascurate le indicazioni che provengono dalla stessa Corte di Giustizia in ordine alla ragion d'essere della natura officiosa del potere di rinvio pregiudiziale[66]. Soprattutto nelle sentenze *Kelby*[67] e *Consiglio Nazionale dei Geologi*[68], la Corte ha sì ribadito che la responsabilità del rinvio grava sul giudice e che le parti non possono modificare il tenore della questione[69], ma ha anche lasciato capire che lo scopo dell'impulso officioso è proprio la tutela della parte, poiché il dovere di cooperazione stabilito in capo al giudice nazionale dall'art. 267 TFUE serve a garantire i diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento dell'Unione, non a tutelare gli interessi dell'Unione come ordinamento obbiettivamente inteso.

Vale a dire che, nell'istituto del rinvio pregiudiziale, la regola dell'impulso officioso si converte innanzitutto in un canone di *responsabilità del giudice verso la parte*, portandoci di nuovo al punto d'incontro tra le prerogative di quest'ultima e la tendenza del primo a non incorrere in responsabilità.

Com'è stato notato in dottrina, appunto, la pressione del «*tema caldo della responsabilità*»[70] ha condotto il Consiglio di Stato a ritenere che l'impulso officioso non corrisponda affatto a un ambito di «*esclusiva disponibilità del giudicante*» (come lo individua la sentenza n. 838/2021), ma, all'opposto, serva al giudice da pretesto per calibrare con molta cautela il vaglio sulle ragioni della parte, onde portare queste ultime davanti alla Corte di Giustizia malgrado l'istanza di rinvio contenga lacune o inesattezze che suggerirebbero di fare il contrario, se esistesse un filtro maggiormente discrezionale. E' stata questa visione, alle cui spalle v'è evidentemente una rigorosa interpretazione della "dottrina Cilfit", ad aver convinto il Consiglio di Stato, nei casi di mancanza di specifici precedenti della Corte di Giustizia contrari all'istanza di rinvio (assenza del requisito dell'*acte clair*), a decidere – al fine dichiarato di non voler incorrere nelle responsabilità previste della legge n. 117/1988 – di rimettere alla Corte di Giustizia anche questioni manifestamente infondate, accogliendo l'istanza di rinvio «*pur consapevole della manifesta infondatezza della pretesa (...) e della ingiustificata protrazione dei tempi del processo collegati alla pendenza della questione pregiudiziale, al solo fine di ottemperare al dovere di rinvio pregiudiziale da parte del Giudice nazionale di ultima istanza*»[71].

La tesi che nega l'errore percettivo sull'istanza di rinvio affermando che quest'ultima una mera «sollecitazione all'impulso officioso» si scontra quindi con una realtà in cui non solo la giurisprudenza considera l'istanza di rinvio pregiudiziale soggetta agli stessi limiti e preclusioni d'un comune motivo di ricorso, ma «l'impulso officioso» si risolve nella gran parte dei casi nell'interpretare l'istanza di rinvio e nel sopperire, ove occorra, alla genericità o all'imprecisione del suo testo. Proprio come se esistesse, appunto, *un diritto della parte di conoscere, nel caso concreto, il punto di vista della Corte di Giustizia*.

12. L'art. 106 del Codice del processo amministrativo di nuovo davanti alla Corte costituzionale?

Se si condividono le cose dette sin qui, si converrà che non sia impossibile, per la plenaria, ravvisare gli indici dell'errore «di fatto» nel comportamento del giudice che, a causa di un «*fraintendimento*» sulla «*questione di possibile incompatibilità delle disposizioni interne (...) con il diritto dell'Unione europea prospettata dalla parte nei motivi di appello*», decida di non operare il rinvio pregiudiziale.

In realtà non sbaglia la IV sezione (n. 2530/2018) quando ritiene che tale «*fraintendimento*» si possa presentare alla stregua di qualsiasi altra falsa rappresentazione di atti e documenti processuali: in fondo, che differenza c'è tra il non essersi accorto, il giudice, di un'eccezione d'inammissibilità del ricorso reiterata in appello – che pacificamente può dar luogo a revocazione (ad. plen., n. 3/1997) e il non aver visto la norma interna che la parte, nella propria istanza di rinvio, ritiene contraria al diritto dell'Unione?

Meno ragione ha invece la V sezione, a me pare, nell'ordinanza di rimessione qui commentata (n. 8436/2022), quando qualifica come errore di diritto «*per tradizione*» quello «*intervenuto nel compimento dell'operazione intellettuale propria e preliminare del giudicare*», soggiungendo che «*l'individuazione prima, e l'interpretazione poi, della questione giuridica da risolvere è un'attività della mente*» e che, «*se la si sbaglia e, in conseguenza di ciò, la risposta di giustizia risulta inconciliabile con la domanda posta v'è un fraintendimento che non è dei sensi, ma del giudizio*». Lo spunto, raccolto anche dalla sentenza dell'adunanza plenaria n. 3/1997, sta nell'adesione «*all'autorevole opinione dottrinale secondo cui l'errore di fatto altro non è che un errore di percezione degli atti o documenti di causa considerati nella loro materialità*»^[72]. Ma il noto insegnamento per cui l'errore revocatorio può cadere su atti o documenti di causa, significa, per l'appunto, che anche l'errore di giudizio può avere natura di «errore di fatto» e, specularmente, che non v'è corrispondenza biunivoca tra *errore di giudizio* ed *errore di diritto*. L'ammissibilità della revocazione dipende da cosa ha determinato il vizio, dal processo causale che lo ha provocato; e nulla esclude che l'errore sulla consistenza dell'allegazione difensiva (motivo di ricorso) nel quale è contenuta l'istanza di rinvio pregiudiziale, possa ritenersi concretamente dovuto a falsa rappresentazione della realtà, svista o «*abbaglio dei sensi*».

Semmai, più spinoso è un altro problema. Usciamo per un attimo dalla logica dicotomica e polarizzante tra i due elementi sui quali può cadere l'errore percettivo del giudice – il *fatto* (l'atto o il documento di causa) e la *norma allegata dalla parte* –; contrapposizione che si è constatata, alla fine, superabile.

Un profilo di maggiore rilevanza è che l'art. 395 n. 4 c.p.c. richiede espressamente, nella definizione dell'errore revocatorio, la «*supposizione*» del fatto (o della sua inesistenza).

Supposizione che sarebbe facilmente verificabile se ci trovassimo nel caso di *omessa pronuncia* sul motivo d'appello con cui la parte ha dedotto l'istanza di rinvio pregiudiziale; qualora, cioè, la pronuncia impugnata per revocazione lasciasse intendere che il giudice si è falsamente rappresentato l'inesistenza in atti del motivo di appello contenente l'istanza di rinvio, il quale viceversa *risulta formulato*.

Ma come si diceva all'inizio del presente contributo, nel caso giudicato dall'ordinanza n. 8436/2022 non si tratta – anche se così la presenta, la V sezione – di «omessa pronuncia», bensì di rifiuto di rinvio pregiudiziale: nella sentenza d'appello impugnata per revocazione (V sezione, n. 3134/2021) il Consiglio di Stato aveva infatti statuito (punto 6.4.) sul motivo di ricorso con il quale era stata dedotta l'istanza di rimessione alla Corte di Giustizia, ed anche l'ordinanza n. 8436/2022 riconosce che «*non v'è omissione di pronuncia sul motivo di appello perché la Sezione ha espressamente pronunciato rigettandolo*»

Sembra allora piuttosto dubitabile che il giudice, che l'istanza di rinvio l'ha esaminata – tant'è che su di essa si è pronunciato – possa essere incorso in una “svista”.

Potrà certo, il Consiglio di Stato, non aver inteso ciò che la parte voleva lamentare; potrà essere incorso in una motivazione palesemente non congruente – persino macroscopicamente o grossolanamente illogica – ma non essere stato vittima di una falsa rappresentazione della realtà processuale.

Quando, con la sentenza n. 3134/2021, la V sezione ha deciso che il motivo di ricorso fosse infondato perché «*la scelta di presentarsi come raggruppamento temporaneo di imprese non è stata imposta dal bando di gara, il quale ha solo specificato i requisiti di qualificazione da possedere ove gli operatori economici avessero optato per tale forma giuridica*», mentre la parte lamentava alcunché di diverso, ossia che l'imposizione di un possesso maggioritario dei requisiti violasse il diritto dell'Unione europea (e le sentenze della Corte di Giustizia), il giudice – si potrebbe dire – ha *statuito ciò che ha statuito*: bene, male o malissimo, ma non ha «*supposto*» alcunché di incontrastabilmente escluso o stabilito dai documenti di causa.

Resta da dire della questione che si è lasciata in sospeso: il dubbio di «ragionevolezza» e di coerenza dell'ordinamento che la V sezione manifesta nelle battute conclusive dell'ordinanza n. 8436/2022. Ho già specificato che il punto di vista della sezione impone un cambiamento di parametro, riferito in termini costituzionali all'art. 24 comma 1 e l'art. 24 comma 4 Cost. («*La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari*»). Norma programmatica, quest'ultima, ma la cui attuazione da parte del legislatore non può sottrarsi ai canoni della ragionevolezza e della proporzionalità.

Quello che vorrei aggiungere al riguardo – senza cadere in uno sterile tentativo prognostico in merito a ciò che farà la plenaria – è solo questo: che la congruità delle “aperture impugnatorie” concesse dall'art. 106 c.p.a. alla parte, in termini di ammissibilità della revocazione per errore di fatto, può essere giudicata anche mediante la connessione alla legge n. 117/1988 (sulla responsabilità dello Stato per illecito commesso con dolo o colpa grave dei magistrati), così da restituire un quadro normativo sostanzialmente unitario e come tale giudicabile anche sotto il profilo della sua conformità a Costituzione.

In tale prospettiva, premessa l'impossibilità per la plenaria di far questione – non rilevante nel caso di specie – di violazione delle norme costituzionali sull'indipendenza della magistratura amministrativa (art. 108 Cost.), non si possono non condividere le argomentazioni della V sezione.

Un sistema che richiede alla parte di *attivare fin dove possibile* (artt. 2 e 4 legge n. 117/1988) e al tempo stesso *vieta* (art. 106 c.p.a.) l'auto-emendamento del processo amministrativo con i mezzi di impugnazione ordinari; un sistema che *dà rilievo* al concorso colposo del creditore –

anche per il danno patito dalla violazione del diritto dell'Unione in conseguenza di mancato rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE) – e d'altro canto *impedisce* al creditore stesso d'intraprendere, prima del rimedio risarcitorio, l'azione costitutiva (revocazione per errore di fatto sui contenuti dell'istanza di rinvio), dal cui ipotetico accoglimento deriverebbe la riduzione del danno, lascia il dubbio di un bilanciamento poco coerente imputabile all'art. 106 c.p.a., proprio rispetto a quel limite della manifesta irragionevolezza delle scelte operate nella conformazione degli istituti processuali, che rappresenta un consolidato orientamento della Corte costituzionale.

Probabilmente la Corte, dinanzi a una questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 c.p.a. per contrasto con gli articoli 3, 24 commi 1 e 4 e 111 Cost. ripiegherebbe (e non si potrebbe neppure darle torto, per la delicatezza che pone in ogni caso la modifica di norme processuali) sulla necessità d'interposizione discrezionale del legislatore, come con la sentenza n. 123/2017.

D'altronde il sistema potrebbe essere ricondotto a ragionevolezza riducendo il perimetro delle ipotesi di colpa grave del magistrato (operando dunque sulla legge n. 117/1988) e non necessariamente ampliando le condizioni di proponibilità del rimedio revocatorio per errore.

Di fruttuoso in una nuova questione di costituzionalità dell'art. 106 rimarrebbe tuttavia la giustificabile aspettativa di un pronunciamento (sia pur cautamente) monitorio, che spingesse finalmente il Parlamento, "prolungando" la recente esperienza dell'art. 391-quater c.p.c. a prendersi carico di una situazione di evidente squilibrio del rapporto processuale amministrativo. Ne gioverebbero, tra l'altro^[73], settori come quello del giudizio sulle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici – da cui provengono molti dei casi qui analizzati (inclusa la vicenda di specie e i due indirizzi posti a confronto) – caratterizzato da un elevato contenzioso ma anche da un criterio di accelerazione del rito, là dove il pericolo di errori veniali dovuti alla vertiginosa semplificazione può trovarsi facilmente commutato in colpa grave^[74]. E dove forse non costerebbe poi troppo intervenire – ove si volesse lasciare invariato l'attuale regime della responsabilità del magistrato – per dare alla parte soccombente l'opportunità di una (altrettanto celere) riapertura del processo.

[1] Si è recentemente soffermata su questa ordinanza **M.A. Sandulli**, *Rinvio pregiudiziale e giustizia amministrativa: i più recenti sviluppi*, in questa *Rivista*, 20 ottobre 2022, nel contesto di una più ampia e articolata trattazione dell'obbligo di rinvio e delle sue ricadute sul giudizio amministrativo.

[2] Cons. Stato, Ad plen., 22 gennaio 1997, n. n. 3, in *Foro it.*, 1997, III, 388 ss. con nota di **A. Travi** e in *Dir. proc. amm.*, 1997, 820 ss., con nota di **F. Francario**, *Revocazione ordinaria e processo amministrativo*, *ivi*, 830 ss. In questa decisione, considerata artefice di una «lettura estensiva dell'errore di fatto revocatorio» (Cons. Stato, Sez. V, 26 aprile 2018, n. 2530), fu superato l'indirizzo secondo il quale l'omessa pronuncia su censure o motivi di impugnazione non è *mai* un errore di fatto, ma *sempre* un errore di diritto, anzi un «tipico errore di diritto», perché l'omissione di pronuncia non è altro che una violazione particolarmente grave del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.), non previsto tra le fattispecie di revocazione di cui all'art. 395 n. 4 c.p.c. L'elasticità dello schema alternativo indicato dalla plenaria, al quale si è poi sempre uniformata la giurisprudenza amministrativa, fa perno sull'indagine caso per caso che il Consiglio di Stato deve svolgere nel giudizio di revocazione indagando la motivazione della sentenza d'appello, allo scopo di ricavarne il «processo causale che ha determinato l'evento omissivo»: può darsi che la motivazione riveli una mancata pronuncia frutto di un errore di natura intellettuale-valutativa, dunque cdi un errore di diritto; ma non va escluso «che l'omissione di pronuncia possa essere fatta valere (...) come risultato di un vizio nella formazione del giudizio: il dolo del giudice o, come nella specie, l'errore di fatto revocatorio. Nel caso di omessa pronuncia, infatti, errore revocatorio e violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato non sono in

*relazione di alternatività, ma il primo è possibile fonte della seconda. Pertanto, l'errore di fatto revocatorio può essere configurabile anche quando cade sull'esistenza o sul contenuto di atti processuali e determini una omissione di pronuncia, purché esso sia identificabile attraverso la motivazione della sentenza». Di qui anche (come si ripeterà più avanti, nel testo), l'allineamento alla giurisprudenza della Corte di cassazione sull'art. 395 n. 4 c.p.c., che già allora denotava una tendenza ad ammettere la coincidenza dell'errore revocatorio con la svista percettiva sul contenuto di atti e documenti processuali, non sull'esistenza di fatti materiali allegati dalle parti (per questa posizione, più di recente, Cass. civ. sez. VI, 21 luglio 2020, n. 15471; sostenuta anche in dottrina a partire da A. Attardi, *La revocazione*, Padova, Cedam, 1959, 197 ss.*

[3] Punto 3.1.3. della motivazione: «*Consegue una prima conclusione: non v'è omissione di pronuncia sul motivo di appello perché la Sezione ha espressamente pronunciato rigettandolo*»

[4] Punto 3.1.3. della motivazione.

[5] Sull'argomento si tornerà in conclusione (v. *infra*, par. 12).

[6] A. Attardi, *op. cit.*, 195.

[7] Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2022, n. 5174; conforme Cass. civ. sez. trib., 22 marzo 2005, n. 6198; v. però Cons. Stato, sez. IV, 4 agosto 2015, n. 3852, dove si ritiene ammissibile la revocazione di una sentenza del Consiglio di Stato che aveva ritenuto di non poter applicare per analogia, a un appalto nei settori speciali, la disposizione sulla revisione prezzi prevista per gli appalti di lavori pubblici; senza accorgersi che la parte, in appello, aveva fondato la propria pretesa «*anche sulle specifiche pattuizioni negoziali con cui le parti*» convenivano «*di disciplinare il proprio rapporto negoziale in conformità a detta disposizione, a prescindere dall'appartenenza dell'appalto ai settori speciali*».

[8] Punto 3.5.4. della motivazione

[9] V. per questo spunto, A. Attardi, *op. cit.*, 191: «*Motivo di revocazione è un errore di fatto. Restano, perciò, fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 395 n. 4 non solo gli errori di diritto ma anche gli errori di giudizio di fatto che derivino dalla violazione di una norma giuridica*» (ad esempio, prosegue l'A., si configura errore di diritto, non di fatto, se il giudice ritiene non dimostrato un fatto per errore sull'efficacia probatoria del verbale di causa, che lo riporta). Nel caso di cui ci occupiamo invece l'errore cade direttamente sul documento (istanza di rinvio), caratterizzandosi semmai per il tipo di contenuto (la norma interna censurata dalla parte) oggetto di falsa rappresentazione.

[10] Cons. Stato, sez. IV, 26 aprile 2018, n. 2530, al punto 9.10 della motivazione.

[11] Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2021, n. 838, al punto 4 della motivazione.

[12] *Id.*, loc. ult. cit.

[13] Cons. Stato, ord. 8436/2022, punto 3.5.2. della motivazione.

[14] Gravoso *per la parte* quindi: è su quest'ultima che la sezione imposta il problema. Una certa pressione è chiaramente esercitata anche dal problema che riguarda l'altro soggetto-vittima dell'inammissibilità della revocazione, il giudice, la cui posizione è tuttavia disciplinata dalla legge n. 117/1988, qui non applicabile e dunque non rilevante ai fini di una eventuale proposizione della questione di legittimità costituzionale.

[15] M.A. Sandulli, *op. cit.*, nelle considerazioni conclusive.

[16] L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con l'ordinanza 4 marzo 2015, n. 2 (F. Francario, *Revocazione per contrasto con pronuncia di Corte di giustizia*, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*, Treccani online) aveva sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. «*in relazione agli artt. 117 co.1, 111 e 24 Cost. nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 par. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*». La questione è stata tuttavia respinta dalla Corte costituzionale (sentenza n. 123/2017; sulla quale F. Francario, *Giudicato e revocazione*, in *Libro dell'anno del Diritto 2018*, Treccani online e prima lo stesso F. Francario, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, in *federalismi.it*, 21 giugno 2017)

[17] Ancora (si riporta in nota per non appesantire la lettura) «*l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione*».

[18] Cass. civ. ss.uu., 24 novembre 2020, n. 26672; G.A. Chiesi, *Decisione nel merito della Corte di Cassazione e risarcimento danni ex lege 117 del 1988: tempus fugit...talvolta inconsapevolmente!*, in questa *Rivista*, 1 maggio 2021.

[19] G.F. Ricci, *Il «travisamento» del fatto e della prova nella responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2015, 1155 SS., spec. 1168-1170. Su questo ed altri profili problematici si vedano inoltre i contributi di AA.VV., pubblicati in *Foro it.*, 2015, V, 281 ss., sul tema *La nuova responsabilità civile dei magistrati (l. 27 febbraio 2015 n. 18)*, in particolare (per inerenza all'argomento qui trattato) V. Vigoriti, *La responsabilità civile del giudice: timori esagerati, entusiasmi eccessivi*, 287; C.M. Barone, *La legge sulla responsabilità civile dei magistrati e la sua (pressoché inesistente) applicazione*, 291 ss.; E. Scoditti, *Le nuove fattispecie di «colpa grave»*, 317 ss.; G. Scarselli, *L'eliminazione del filtro di ammissibilità nel giudizio di responsabilità civile dei magistrati*, 326 ss.; A. Travi, *La responsabilità civile e i giudici amministrativi*, 338 ss.; R. Romboli, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, 346 ss.; F. Cortese, S. Penasa, *Brevi note introduttive alla riforma della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Resp. civ. e prev.* 2015, 1026 ss. Sulla legge n. 117/1988, E. Fazzalari, *Nuovi profili della responsabilità civile del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1026 ss. Mi permetto inoltre di rinviare, per semplicità, ai commentari di N. Picardi, R. Vaccarella (a cura di), *La responsabilità dello Stato giudice*, Padova, CEDAM 1990; F. Auletta, S. Boccagna, N. Rascio, *La responsabilità civile dei magistrati: commentario alle Leggi 13 aprile 1988, n. 117 e 27 febbraio 2015, n. 18*, Bologna, Zanichelli, 2017.

[20] Spunti in tal senso si rinvencono ad esempio in G. Scarselli, *Note de iure condendo sulla responsabilità civile del giudice*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 1039 ss., spec. 1047.

[21] F. Francario, opere cit. *retro*, nota 16.

[22] Corte di Giustizia UE, Grande sez., C-497/20 del 21 dicembre 2021. Quanto alla dottrina, sulla vicenda *Randstad* sia consentito rinviare a F. Francario, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia spa, in federalismi.it*, 9 febbraio 2022.

[23] Corte di Giustizia UE, IX sez., C-261/21 del 7 luglio 2022. Si veda al riguardo il commento all'ordinanza di rimessione, sempre del Consiglio di Stato italiano, di B. Nascimbene, P. Piva, *op. cit.*

[24] M.A. Sandulli, *Rinvio pregiudiziale e giustizia amministrativa: i più recenti sviluppi*, cit.

[25] Ambivalenza che si ricava da Corte cost., n. 6/2018, punto 17 della motivazione.

[26] Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018, la Cassazione si è più decisamente uniformata al principio per cui «la violazione di norme Eurounitarie non produce peculiari effetti sulla funzione di riparto della giurisdizione sancita dall'articolo 111 Cost., comma 8, rimanendo inclusa nel paradigma degli errori in indicando e sussistendo peraltro nell'ordinamento strumenti di tutela qualora in tale errore sia incorso il giudice nel suo plesso apicale, il cosiddetto giudice di ultima istanza» (Cass. civ., sez. un., 5 ottobre 2021, n. 26920, nuovo caso con ricorrenti *Hoffmann – La Roche*, su ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione, dopo il tentativo di far valere il vizio come errore di fatto revocatorio; Cass. civ., sez. un., 30 agosto 2022, n.25503, che chiude il giudizio di rinvio dopo il caso *Randstad*; v. inoltre e più recentemente Cass. civ., sez. un., 9 novembre 2022, n.33100; Id. 28 ottobre 2022, n. 32003 e 32004; Id., 10 ottobre 2022, n. 29502; Id. 4 ottobre 2022, n. 28800 e 28803; Id., 29 settembre 2022, n. 28431.

[27] Cfr. Corte di Giustizia UE, Grande Sez., C-234/17 del 24 ottobre 2018.

[28] Per taluni addirittura necessitata, come sembra desumersi dagli argomenti di B. Nascimbene, P. Piva, *Rinvio pregiudiziale e garanzie giurisdizionali effettive. Un confronto fra diritto dell'Unione e diritto nazionale. Commento all'ordinanza n. 2327/2021 del Consiglio di Stato*, in questa *Rivista*, 30 luglio 2021.

[29] Osserva che la novella non tocca il rapporto con il diritto UE A.M. Sandulli, *Rinvio pregiudiziale e giustizia amministrativa: i più recenti sviluppi*, cit.; nello stesso senso C. Schepisi, *Il tormentato rapporto tra il Consiglio di Stato e la Corte di giustizia e la revocazione per contrasto con il diritto dell'Unione (brevi riflessioni a margine della sentenza Hoffmann-La Roche)*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 3/2022 (online 8 novembre 2022).

[30] F. Francario, *Revocazione ordinaria e processo amministrativo*, cit.

[31] V. *retro*, nota 2.

[32] A. Travi, in *Foro it.*, 1997, cit., 389,

[33] Con considerazioni critiche di C. Consolo, *La revocazione nel processo amministrativo, i suoi odierni limiti e le sue supposte peculiarità nel concorso con l'appello*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 835 ss.

[34] A. Travi, op. ult. cit., 390

[35] Osserva giustamente F. Francario, *Revocazione per contrasto con pronuncia di Corte di giustizia*, cit., che «l'ipotesi di revocazione, di sentenza passata in giudicato per contrasto con successiva sentenza della Corte internazionale che abbia riconosciuto la violazione del diritto al giudice o all'equo processo, non è riconducibile né ad un nuovo caso di revocazione ordinaria, né ad un nuovo caso di revocazione straordinaria. Il contrasto con sentenza passata in giudicato è espressamente contemplato tra i vizi di revocazione ordinaria, ma suppone che il giudicato si sia formato anteriormente alla sentenza; così come il secondo caso di revocazione ordinaria consente l'impugnativa per errore di fatto e non di diritto, ed è tipicamente di diritto la questione sul diniego della giurisdizione. I motivi di revocazione straordinaria, dal canto loro, attribuiscono rilevanza ad un fatto sopravvenuto solo se questo è in grado di provare che il giudizio di diritto si è formato con riferimento ad una rappresentazione dei fatti falsata o in presenza del fattore inquinante del dolo di una delle parti del processo (giudice compreso), mentre nel nuovo caso il fatto nuovo non viene soltanto scoperto ma viene a maturare esso stesso successivamente al passaggio in giudicato della sentenza».

[36] A. Cerino Canova, G. Tombari Fabbrini, *Revocazione (Diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1991, vol. XXVII, 6 ss., 9.

[37] Cons. Stato, sez. II, 18 novembre 2022, n. 10164 (richiama Cons. Stato, ad. plen., n. 10, 11, 14, 15 del 2018).

[38] A. Cerino-Canova, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973, 639; nella giurisprudenza amministrativa, per uno spunto in tal senso (nullità come sostanziale censura di revocazione), Cons. Stato, sez. VI, n. 6053/2001

[39] A. Attardi, *La revocazione*, cit., 81. Nel senso della pregiudizialità della revocazione ex art. 395 n. 4 c.p.c. rispetto al giudizio di Cassazione, Cass., ord. 24 dicembre 2021, n. 41509.

[40] F. Francario, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, in *federalismi.it*, 21 giugno 2017, 2 ss., 22.

[41] Ed anche la più macroscopica "illogicità" non trova rimedio, mentre nel giudizio civile è un parametro che determina la conversione del vizio di motivazione in vizio di violazione di legge (Cass. civ. sez. un. 7 aprile 2014, n. 8053 e 8054; in argomento B. Capponi, *Note brevi sul n. 5 dell'art. 360 c.p.c.*, in questa *Rivista*, 10 febbraio 2021).

[42] Cons. Stato, ad. plen., 10 gennaio 2013, n. 1, punto 7.1. della motivazione.

[43] «Autori e sentenze favorevoli alla revocazione hanno essenzialmente messo in evidenza che questo rimedio ha bensì carattere straordinario ma solo perché straordinari sono i motivi per i quali è concesso; come istituto deve considerarsi invece di carattere generale in quanto trova fondamento nella necessità assoluta di giustizia che impedisce di tener ferme le decisioni che siano toccate dai vizi gravissimi indicati nell'art. 395 codice di procedura civile», osservava E. Capaccioli, *In tema di revocazione delle sentenze di giudici speciali*, in *Giur. it.*, 1950, I, 454 ss., 455.

[44] In dottrina, tra i primi commenti, A. Proto Pisani, *La Corte costituzionale estende la revocazione per errore di fatto ex art. 395, n. 4, c.p.c. alle sentenze della Cassazione*, in *Foro it.*, 1986, I, 313 ss. e più ampiamente C. Consolo, *La revocazione delle sentenze della Corte di Cassazione*, Padova, Cedam, 1990.

[45] C. Consolo, op. ult. cit., 204 ss., spec. 210 ss.

[46] Per questa dimostrazione, di nuovo C. Consolo, op. cit., 212 ss.

[47] A. Attardi, op. cit., 132

[48] TAR Lazio, sez. II, 13 giugno 2017, n. 6955.

[49] TAR Sicilia, Catania, 11 maggio 2022, n. 1302, in cui si aggiunge che «la revocazione non può, dunque, diventare lo strumento per procrastinare "sine die" i processi che riguardano i provvedimenti emanati a valle di decisioni giudiziarie passate in giudicato, in quanto una simile conclusione configurerrebbe con il principio di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost. co. 2; art. 2 c.p.a.; TAR Napoli n. 6411/2021)»

[50] TAR Lazio, sez. II, n. 6955/2017, cit.

[51] TAR Sicilia, n. 1302/2022 cit.

[52] TAR Lazio, sez. II, n. 6955/2017, cit.; cfr. al riguardo Corte di giustizia U.E., Sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15, richiamata da Corte di giustizia U.E., Sez. VIII, 10 maggio 2017, C-131/16 (punto 57).

[53] TAR Puglia, Lecce, 17 marzo 2015, n. 905.

[54] TAR Campania, Salerno, 12 maggio 2014, n. 930; TAR Marche, sez. I, 14 settembre 2012, n. 622; TAR Puglia, Bari, 13 gennaio 2012, n. 168; Cons. Stato, sez. IV, 7 aprile 2009, n. 2173; TAR Lazio, Latina, 7 luglio 2006, n. 436.

[55] Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2018, n. 3923, sempre in tema di definitività dell'esclusione dalla gara.

[56] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983, 424 e più ampiamente Id., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960.

[57] Si veda ad esempio Corte cost., 24 marzo 2022, n. 74 e giurisprudenza ivi richiamata (sentenze n. 213/2021, n. 95/2020, n. 79/2020, n. 58/2020, n. 155/2019, n. 139/2019, n. 225/2018 e n. 241/2017).

[58] Almeno in parte, sembrerebbe, sostenuta da M. Lipari, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale alla CGUE, dopo la sentenza 6 ottobre 2021, c-561/2019: i criteri ciltit e le preclusioni processuali*, in *Giustamm*, 14 dicembre 2021, par. 11

[59] Orientamento pacifico in giurisprudenza; valga per tutte Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2021, n. 2761.

[60] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, 288.

[61] Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 5 marzo 2012, in *Foro it.*, 2012, III, con commenti (per i fini del presente lavoro) di N. Pignatelli, *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, *ivi*, 367 ss.; E. Scoditti, *Rinvio pregiudiziale e violazione manifesta del diritto dell'Unione europea*, *ivi*, 371 ss.

[62] Cons. Stato, Ad. plen., 8 aprile 1963, n. 8, in *Giur. cost.*, 1963, 1214 ss.; sulla stessa linea interpretativa Cons. Stato, sez. VI, 18 marzo 1964, n. 247, in *Foro. Amm.* 1964, II, 135 ss., con nota critica di A. Romano, *Pronuncia di illegittimità costituzionale di una legge e ricorso giurisdizionale amministrativo*, *ivi e loco cit.*

[63] Si può constatare già un cambiamento di rotta in Cons. Stato, sez. IV, 4 giugno 1969, n. 251, con nota, questa volta adesiva, dello stesso A. Romano, in *Foro it.*, 1969, III, 99 ss.

[64] Cons. Stato, 9 ottobre 2018, n. 5813. Sul problema N. Pignatelli, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente*, in *federalismi.it*, 24 febbraio 2021, 97 ss., spec. 104-112.

[65] Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 1977, n. 805, citato in N. Pignatelli, *Le "interazioni" tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, Giappichelli, 2008, 61.

[66] Regola più volte affermata dalla Corte di Giustizia: si veda per esempio il punto 10 della *Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali*, 2011/C 160/01, in G.U.C.E. 28 maggio 2011 C 160/01, ove si ribadisce che «L'iniziativa di adire la Corte in via pregiudiziale spetta unicamente al giudice nazionale a prescindere dal fatto che le parti l'abbiano chiesto o meno».

[67] CGUE, sez. II, 21 luglio 2011, C-104/10, *Kelly c. University of Ireland*.

[68] CGUE, sez. IV, 18 luglio 2013, C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi c. AGCM*

[69] CGUE, *Kelly*, cit., punti 60-66; *Consiglio Nazionale dei Geologi*, cit., punti 27-31.

[70] E. Scoditti, *Rinvio pregiudiziale e violazione manifesta del diritto dell'Unione europea*, cit., 373.

[71] Ma, appunto, «in considerazione del fatto che l'inosservanza di siffatto dovere determina una diretta responsabilità dello Stato membro di carattere sostanzialmente oggettivo (Corte giust. 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Kobler*; successivamente, 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*; 24 novembre 2011, causa C-379/10, *Commissione europea c. Repubblica italiana*), nonché la responsabilità civile del magistrato ai sensi dell'art. 2, comma 3-bis, l. n. 117 del 1988» (Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2020; 2 marzo 2018, n. 1306, n. 1307 e n. 1308; *contra* esplicitamente Cons. Stato, sez. II, parere 10 marzo 2021, n. 359 sulla base di un'interpretazione più flessibile della sentenza *Ciltit* e del criterio dell'*acte clair*. Qui il problema pare identificarsi con l'area

del «ragionevole dubbio» sull'incompatibilità della norma nazionale col diritto dell'Unione (F. Munari, *Il «dubbio ragionevole» nel rinvio pregiudiziale*, in *federalismi.it*, 13 luglio 2022), che porta la sezione consultiva a propendere per il rigetto dell'istanza di rinvio pregiudiziale motivata in modo generico, anche in assenza di precedenti specifici della Corte di Giustizia. Nel medesimo senso, parrebbe – contro un'interpretazione “anelastica” dell'obbligo di rinvio – anche Cons. Stato, sez. III, 12 ottobre 2021, n. 6839 e giurisprudenza ivi richiamata). Nonostante l'interesse richiamato da questi spunti, l'impressione è che non siano maturi i tempi per una “forzatura revisionale” della “dottrina Cilfit” nel senso di una più marcata importanza dell'interesse pubblico e di una maggiore accentuazione del ruolo del giudice. Cfr. infatti CGUE 6 ottobre 2021, C-561/19, *Consorzio Italian Management*, ribattezzata *Cilfit II* (M.A. Sandulli, *op. cit.*), nella quale sono rimaste inascoltate, come fu nella sentenza del 1982, le proposte dell'avvocato generale Bobek tese a rivedere i parametri interpretativi dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, di modo che il ruolo delle parti è rimasto invariato o forse ne è uscito addirittura rafforzato (in tal senso, L. Daniele, *Si può “migliorare” Cilfit? Sulla sentenza Consorzio Italian Management*, in *Eurojus*, fasc. n. 2/2022; da diversa angolazione M. Lipari, *op. cit.*, secondo il quale occorrerebbe «sviluppare la regola indicata dalla CGUE, in forza della quale le deduzioni difensive delle parti non condizionano la scelta del giudice in ordine al rinvio pregiudiziale»).

[72] L'opinione è quella di A. Attardi, *La revocazione*, cit.

[73] Sulla prospettiva *de iure condendo* di nuove ipotesi di revocazione o di altre «soluzioni rimediali» «auto-sindacatorie» nel processo amministrativo, C. Consolo, *La revocazione nel processo amministrativo*, cit., 859.

[74] Si sofferma sul profilo della «vulnerabilità» del giudice amministrativo alla responsabilità civile, per il fatto di svolgere un sindacato sull'esercizio del potere e d'intrattenere un rapporto particolare con la legge, segnatamente con il diritto eurounitario, A. Travi, *La responsabilità civile e i giudici amministrativi*, cit., 339.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2476 – 28 settembre 2022

Il riparto di giurisdizione in materia di sanzioni amministrative non pecuniarie

di Antonella Manzione

Sommario: Premessa. - 1. Il quadro normativo. - 2. La natura sanzionatoria di un provvedimento. - 3. La decadenza. - 4. La stratificazione normativa in materia di occupazione di suolo pubblico. - 5. Le sanzioni di natura non pecuniaria - 6. La rimozione dell'occupazione di suolo pubblico nella normativa a tutela della sicurezza della città. - 7. Problematiche di *ne bis in idem*. - Conclusioni.

Premessa.

La tematica del riparto di giurisdizione in materia di sanzioni amministrative non pecuniarie costituisce una delle questioni più dibattute nell'ambito del c.d. diritto punitivo, malgrado l'apparente chiarezza della norma che da tempo ne declina in maniera esplicita i confini. L'art. 6 del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, infatti, nel riprendere l'elencazione delle materie per le quali la sanzione è opponibile al tribunale civile, per lo più già contenuta nell'art. 22-*bis* della l. 24 novembre 1981, n. 689, contestualmente riscrivendone l'art. 22, continua a demandare all'interprete sia il compito di tracciare l'esatto confine della natura sanzionatoria del provvedimento, sia quello, ancor più arduo, di collocarne con precisione il regime delle tutele laddove lo stesso sia intervenuto autonomamente, quale unico rimedio avverso il comportamento del destinatario ovvero in aggiunta ad altro, di natura pecuniaria o meno, finanche a carattere penale.

La lacuna di disciplina che interessa le sanzioni non pecuniarie, infatti, accessorie o meno, consegue alla formulazione letterale della richiamata l. 24 novembre 1981, n. 689,

ambiziosamente riferita dal legislatore dell'epoca a tutto l'illecito amministrativo, ma letteralmente riferibile solo a quello conseguito al corposo intervento di decriminalizzazione di originarie fattispecie di reato operato dalla stessa.

Il successivo sviluppo delle legislazioni speciali ha determinato poi il proliferare di rimedi alternativi, aggiuntivi o meno, al pagamento di una somma di danaro per lo più ricompresa in una forbice edittale predeterminata, di ancor più difficile inquadramento proprio in ragione del loro "reagire" ad un comportamento *lato sensu* illecito sostanzialmente identico, seppure astrattamente lesivo di una pluralità di interessi pubblici diversi^[1]. Ciò chiama in causa l'ulteriore tematica, alternativa a quella del concorso formale di illeciti e del relativo regime, del rispetto del principio del *ne bis in idem*, a maggior ragione laddove il provvedimento limitativo dell'altrui sfera giuridica sopraggiunga a distanza di tempo dalla commissione del presunto illecito, con riferimento al quale sono già stati adottati altre e più tempestive misure, con quanto ne consegue in termini di potenziale pregiudizio del diritto di difesa. In taluni casi addirittura il contenuto della "sanzione" o comunque la si voglia denominare, si palesa esso stesso identico, tanto da rendere difficile l'individuazione del procedimento da seguire, spesso rimessa alla scelta discrezionale dell'Amministrazione procedente, in una logica di ricercata efficacia del provvedimento, ovvero, al contrario, di diluizione dei suoi tempi di attuazione^[2].

Le esigenze di semplificazione da sempre invocate in primo luogo a livello di riduzione delle fonti non può non passare dunque dalla razionalizzazione delle stesse anche con riferimento alla fase per così dire patologica delle reazioni dell'ordinamento a condotte ritenute "scorrette" degli operatori economici, a maggior ragione laddove le stesse si risolvano in provvedimenti ablatori o interdittivi della relativa attività. speculari cioè alle lamentate difficoltà di avvio di un'attività produttiva correlate alla proliferazione dei titoli di legittimazione, e tuttavia meno scrutinate dall'interprete, si palesano infatti quelle riconducibili alla pluralità dei "rimedi" a fronte di accertate violazioni delle singole discipline di settore^[3]. Emblematico al riguardo il tentativo di imporre a livello normativo un coordinamento delle attività di controllo, essendo indubbio il danno all'attività economica, finanche in termini di immagine e tutela dell'avviamento, riconducibile alla loro atomistica reiterazione. Con l'art. 14 del d.l. 9 febbraio 2012, n.5, convertito, con modificazione, dalla l. 4 aprile 2012, n. 35, recante «*Semplificazione dei controlli sulle imprese*», vennero dunque individuati i criteri ispiratori comuni all'attività di vigilanza, statuendo che «*fermo quanto previsto dalla normativa dell'Unione europea*», essa si attenga «*ai principi della semplicità, della proporzionalità dei controlli stessi e dei relativi adempimenti burocratici alla effettiva tutela del rischio, nonché del coordinamento dell'azione svolta dalle amministrazioni statali, regionali e locali*» (comma 1), demandandone la concreta declinazione ad apposite Linee guida, da adottare in sede di conferenza unificata per quanto attiene agli enti locali. La mancanza di sanzioni ovvero di qualsivoglia tipologia di deterrenza o, al contrario, di incentivo al coordinamento, ha fatto sì che l'intento sia rimasto sostanzialmente sulla carta, dopo che peraltro ciascuna amministrazione aveva tentato in via ermeneutica di svuotare la portata precettiva della norma in difesa della rivendicata specificità di competenze connotante l'intervento di ogni singola forza di polizia.

1. Il quadro normativo.

La cornice normativa in materia di riparto di competenze giurisdizionali sulle sanzioni è dunque oggi contenuta nel d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, recante «*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69*». In particolare, l'art. 34 ha riscritto l'art. 22, comma 1, della l. 24 novembre 1981, n. 689, abrogando gli ulteriori commi della norma, nonché l'art. 22-*bis*, che era stato introdotto dal d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, così da adeguare il sistema all'avvenuta soppressione della figura del pretore, cui la normativa originaria faceva necessariamente riferimento. Con l'art. 6 del d.lgs. n. 150/2011, dunque, è stata ripresa la ripartizione di competenze contenuta nell'art. 22-*bis* della l. n. 689/1981 tra giudice di pace e tribunale in composizione monocratica, cui ci si rivolge in opposizione all'ordinanza-ingiunzione secondo le regole del rito del lavoro. Da un lato, quindi, il novellato art. 22 continua a rappresentare la norma cardine all'interno della legge sull'illecito amministrativo, con un'attribuzione in termini generali della competenza a conoscere delle sanzioni amministrative pecuniarie e della confisca al giudice ordinario, fatti salvi i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex* art. 133 del c.p.a. nel frattempo approvato; dall'altro, il nuovo art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011, cui l'art. 22 della l. n. 689/1981 fa espresso rinvio, in una cornice sistematica più ampia, si appropria della precedente ripartizione tra tribunale e giudice di pace, estendendola a qualsivoglia sanzione, anche chiaramente estranea al contesto di decriminalizzazione, replicando la metodica dell'elencazione analitica dei soli casi di spettanza del primo, con individuazione in via residuale di quelli attribuiti all'altro. In maggior dettaglio, rispetto al previgente art. 22-*bis* della l. n. 689 del 1981, che operava il medesimo distinguo, l'art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011 elimina alcune materie. Spiccano, per il tema odierno, l'urbanistica ed edilizia (lett. c), ma anche società e intermediari finanziari (lett. f), nonché il diritto tributario (lett. g, prima parte). Si ritiene di poter escludere che si tratti di una dimenticanza del legislatore, poiché dal combinato disposto delle norme citate si evince chiaramente, ad esempio, che con riferimento alle espunte sanzioni in materia urbanistico-edilizia si è inteso fare espresso riferimento con la clausola di salvaguardia della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo contenuta nell'art. 22 della l. n. 689 del 1981. E' indubbio quindi, ad esempio, che le sanzioni amministrative previste dal d.P.R. n. 380 del 2001 (si pensi a quanto previsto dagli artt. 24 in materia di agibilità, 31, comma 4-*bis*, per il caso di inottemperanza all'ingiunzione a demolire un abuso edilizio, 37, per gli interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla s.c.i.a.), rientrando nella materia edilizia ed urbanistica in quanto ulteriore strumento affittivo per la tutela dell'ordinato sviluppo del territorio, sono soggette alla giurisdizione del giudice amministrativo[4].

2. La natura sanzionatoria di un provvedimento.

La disciplina del c.d. diritto punitivo amministrativo o, secondo altra denominazione, del diritto penale amministrativo, distinto dal diritto amministrativo della prevenzione e da quello disciplinare, ha trovato nella l. 24 novembre 1981, n. 689 una sua prima organica razionalizzazione, sia sostanziale che processuale. Tuttavia l'art.12 della stessa, concernente il relativo ambito di applicazione, include nel proprio perimetro solo le sanzioni (e conseguentemente, gli illeciti puniti con le stesse) pecuniarie, con ciò rischiando di svuotare sensibilmente la portata della riforma, finalizzata anche a dar vita ad un vero e proprio "codice" dell'illecito amministrativo.

La dottrina pressoché unanime ha tentato da subito in vario modo di svalutare la portata delimitatrice dell'art. 12, seppur di difficile lettura, sottolineandone la pluralità di interpretazioni possibili, per addivenire ad una diversa ricostruzione in via interpretativa della rilevanza *ratione obiecti* della legge.

In particolare, si sono individuati all'interno dell'articolato normativo tre nuclei fondamentali: a) i principi in materia di tutela giurisdizionale (originariamente contenuti negli artt. 22-25, oggi riconducibili, come sopra detto, all'art. 6 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, che si occupa in maniera esplicita anche delle sanzioni non pecuniarie; b) i principi sul procedimento (artt. 13-21); c) i principi sostanziali sull'illecito e la sanzione. Mentre le regole procedurali, con l'esclusione secondo taluni dell'art. 13, invocato come modello generale per ogni caso di applicazione di una sanzione amministrativa, paiono attagliarsi solo a quelle pecuniarie; quelle sostanziali, pur con talune eccezioni (si pensi alla previsione della forbice edittale di cui all'art. 10 ovvero alle regole sulla prescrizione, che peraltro sono collocate nella sez. II del capo I, all'art. 28), non possono non trovare applicazione ad ogni sanzione amministrativa in senso stretto, ancorché non pecuniaria[5]. La giurisprudenza amministrativa ha da subito ricondotto alle norme di principio anche quelle procedurali relative all'immediatezza della contestazione o comunque ad una non irragionevole dilatazione dei suoi tempi. Ciò riconoscendo quale intento del Legislatore «*quello di assoggettare ad un statuto unico ed esaustivo (e con un medesimo livello di prerogative e garanzie procedurali per il soggetto inciso) tutte le ipotesi di sanzioni amministrative, sia che siano attinenti a reati depenalizzati sia che conseguano ad illeciti qualificati "ab origine" come amministrativi, con la sola eccezione delle violazioni disciplinari e di quelle comportanti sanzioni non pecuniarie*»[6]. La preventiva comunicazione e descrizione sommaria del fatto contestato con l'indicazione delle circostanze di tempo e di luogo (idonee ad assicurare, già nella fase del procedimento amministrativo anteriore all'emissione dell'ordinanza-ingiunzione, la tempestiva difesa dell'interessato), viene ricondotta ai principi del contraddittorio, e per tale ragione si ritiene pacificamente che il termine per la contestazione delle violazioni amministrative abbia natura perentoria.

La l. n. 689/1981, dunque, finisce per avere un ambito di applicazione elastico, in quanto investe un *genus* di sanzioni (principalmente, ma non esclusivamente pecuniarie) comprensivo di una pluralità di *species*, solo in alcuni casi dotate di una disciplina speciale (si pensi, ad esempio, alle già ricordate sanzioni pecuniarie in senso stretto in materia urbanistico-edilizia).

Una lettura sistematica e costituzionalmente orientata, non può tuttavia non condurre all'estensione applicativa dei principi fondamentali di cui agli artt. 1, 2, 3 e 4 della l. 689/1981 ad ogni sanzione amministrativa in senso stretto e quindi ad ogni illecito amministrativo, anche se la sanzione prevista non è pecuniaria. Restano fuori dall'applicabilità degli stessi solo quei provvedimenti che, seppur pregiudizievoli per il destinatario, assumono carattere primariamente riparatorio, tra i quali, come è evidente, non può rientrare la chiusura temporanea di un'attività commerciale quale conseguenza (ulteriore) dell'avvenuto accertamento della commissione al suo interno di specifiche ipotesi di illecito, anche penale[7]. Solo integrando, pertanto, il dato testuale dell'art. 12 con considerazioni ispirate in ambito sanzionatorio ad ineludibili esigenze di garanzia, emerge chiaramente tutta l'importanza di sistema dei principi sostanziali e procedurali fissati nella l. n. 689/1981, intorno alla quale è possibile costruire l'edificio della repressione amministrativa[8].

La problematica sopra delineata vale, ovviamente, per le sanzioni diverse da quelle pecuniarie, vuoi che le si possa qualificare come “accessorie” ad altre, di regola consistenti nel pagamento di una somma di danaro, ma talvolta anche di natura penale^[9]; vuoi che intervengano in via autonoma.

La l. n. 689/1981 si occupa delle cd. Sanzioni “accessorie” diverse dalla confisca all’art. 20, prevedendone la possibile applicazione da parte dell’autorità amministrativa competente qualora esse già conseguissero al reato soggetto a depenalizzazione ad opera della medesima legge. Anche in questo caso, dunque, il dato letterale è legato al contesto di generalizzata decriminalizzazione di precedenti illeciti operata dalla normativa sulla base della tipologia di pena per gli stessi prevista. Sotto tale profilo, quindi, solo nel caso in cui un reato, divenuto illecito amministrativo, già prevedesse l’applicazione, in via accessoria, di sanzioni consistenti nella privazione o sospensione di diritti e facoltà derivanti da provvedimenti dell’amministrazione, esse possono facoltativamente essere applicate dall’amministrazione con l’ordinanza ingiunzione che commina anche la sanzione amministrativa pecuniaria.

La lacunosità del riferimento letterale spiega dunque il tentativo di alcuni autori di sottrarre dall’ambito sanzionatorio le misure consistenti nella privazione o nella sospensione di diritti e facoltà (le sanzioni interdittive, appunto) che non siano accessorie rispetto ad un illecito amministrativo da depenalizzazione, individuandone la *ratio* nella protezione e realizzazione diretta degli interessi dell’Amministrazione in quanto permetterebbero l’ “interdizione” di un soggetto o di una sua attività in ragione della ritenuta inidoneità a soddisfarli, avuto riguardo alla condotta preventivamente tenuta^[10].

L’art. 20, co.2, della l. 689/1981 prevede che le sanzioni accessorie ad una sanzione amministrativa pecuniaria non siano applicabili - *rectius*, esecutive - fino a che sia pendente il giudizio di opposizione contro il provvedimento di condanna o, nel caso di connessione con un reato, fino a che il provvedimento stesso non sia divenuto esecutivo. Ciò da un lato ne conferma la natura afflittiva e la funzione deterrente, dall’altro evidenzia l’attenzione del legislatore al principio - sebbene fortemente temperato - di colpevolezza del destinatario del provvedimento. L’applicazione della sanzione accessoria, infatti, avviene, almeno di regola solo al momento in cui il soggetto è riconosciuto responsabile, a seguito di un giudizio a cognizione piena, della violazione amministrativa^[11].

La normativa consente invece l’immediata esecuzione della sanzione pecuniaria, che per la sua fungibilità comporta effetti pregiudizievoli più facilmente rimediabili, nonché, si ritiene, delle sanzioni amministrative non pecuniarie autonome, quanto meno in assenza di un’esplicita deroga di legge. Per contro, proprio nell’immediatezza del rimedio può ravvisarsi un indice della sua natura cautelare o riparatoria, giusta la necessità, cui esso fa fronte, di cauterizzare nel più breve tempo possibile la lesione che l’ordinamento giuridico ha subito a causa del comportamento del presunto trasgressore^[12].

La natura sanzionatoria di un provvedimento va ricercata anche nei confini delineati dal diritto europeo. La Corte di Strasburgo ha infatti elaborato propri e autonomi criteri (i notissimi cd. *Engel criteria*) al fine di stabilire la portata “penale” o meno di un illecito e della relativa sanzione, laddove il relativo termine ha una connotazione diversa rispetto a quella attinta dal diritto nazionale. A ciò consegue che essi non si risolvono affatto in un’indebita ingerenza nella scelta di politica criminale tra qualificazione di un fatto illecito come amministrativo o penale, rimessa al legislatore nazionale (di particolare interesse il dialogo tra

le Corti sviluppatosi al riguardo in tema di confisca, quale tipica sanzione amministrativa accessoria al reato di lottizzazione abusiva, su cui v. da ultimo Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49). Ma impongono una valutazione estensiva del concetto per non sottrarre l'applicazione di vere e proprie "sanzioni" ad ineludibili requisiti sostanziali, prima ancora che a precise garanzie procedurali.

Perché possa parlarsi di sanzione "sostanzialmente penale", dunque, i requisiti vanno ricercati: nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta comunque la valenza "intrinsecamente penale" della misura; nella natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; nel grado di severità della sanzione (sentenze 4 marzo 2014, r. n. 18640/10, resa nella causa Grande Stevens e altri c. Italia; 10 febbraio 2009, ric. n. 1439/03, resa nella causa Zolotoukhine c. Russia; si v. anche Corte di giustizia UE, Grande sezione, 5 giugno 2012, n. 489, nella causa C-489/10), che è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non a quella concretamente applicata. La Corte EDU, dunque, per evitare la c.d. "truffa delle etichette", impone di guardare al di là dell'inquadramento formale e ricercare la «*realtà della procedura in questione*» (Corte EDU, 27 febbraio 1980, caso 6903/75, Deweer v. Belgium, par. 44). In tale ottica, assume rilievo la circostanza che la previsione sanzionatoria si rivolga ad una generalità di soggetti –il che è escluso, ad esempio, per la sanzione disciplinare– e che abbia un contenuto afflittivo e una funzione deterrente, requisiti questi che secondo la costante giurisprudenza di Strasburgo sono tra loro alternativi e non cumulativi. Sicché, da un lato, la gravità (severità) può non rilevare, ove la sanzione abbia in sé stessa una inequivoca funzione deterrente e punitiva; dall'altro, entro certi limiti, anche una misura nella quale il carattere afflittivo non sia prevalente (o addirittura manchi), ma che comporti conseguenze di una certa gravità per il destinatario, può essere considerata di natura penale e, quindi, rientrare nel perimetro di applicazione dell'art. 6 CEDU, che costituisce la cartina di tornasole alla stregua della quale è stata evidentemente delineata la cornice sopra tratteggiata. Pertanto, anche provvedimenti di carattere interdittivo o ripristinatorio comunemente ritenuti espressione di un generico potere ablatorio possono, a certe condizioni, ricadere nella nozione di «accusa penale» di cui a ridetto art. 6 della Carta EDU (Corte EDU, 24 aprile 2012, caso n. 1051/06, Mihai Toma v. Romania, par. 26; *id.*, 30 maggio 2006, caso n. 38184/03, Matyjec v. Poland, par. 58)[13].

Di particolare sensibilità il tema della necessità dell'elemento psicologico dell'illecito, ovvero della necessaria colpevolezza del suo autore o comunque del soggetto individuato come destinatario della sanzione, affinché la stessa possa essergli legittimamente imposta.

La questione ha assunto un notevole rilievo ancora una volta in materia di illecito urbanistico-edilizio, con riferimento in particolare alla confisca quale conseguenza della lottizzazione abusiva, ma non solo.

Attingendo ancora ai suggerimenti della Corte EDU riferiti, questa volta, all'art. 7 della Convenzione, va ricordato come pronunciandosi sull'*affaire* di Punta Perotti, si sia fatta leva sulla presenza del sintagma «*persona colpevole*» nelle versioni inglese e francese della norma per richiedere comunque un criterio d'imputabilità soggettiva dell'illecito laddove soggetto a sanzione penale (Corte EDU, sez. II, 20 gennaio 2009, caso n. 75909/01, Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia, par. 116).

La natura “reale” delle sanzioni amministrative edilizie^[14] ha tuttavia portato la giurisprudenza nazionale a prescindere dallo scrutinio dell'elemento psicologico, ritenendo, ad esempio, che la fattispecie di lottizzazione abusiva rilevi in modo oggettivo e indipendentemente dall'*animus* dei proprietari interessati, i quali, sussistendone i presupposti, potranno far valere la propria buona fede nei rapporti interni e di natura civilistica con i propri danti causa (cfr., *ex multis* Cons. Stato, sez. II, 24 giugno 2019, n. 4320). Si è così arrivati a distinguere sul piano sistematico tra ablazione della proprietà che consegua alla decisione del giudice penale ovvero ai provvedimenti dell'autorità comunale, relegando l'applicazione dei principi costituzionali e sovranazionali di buona fede e di presunzione di non colpevolezza invocabili dai trasgressori allo scopo di censurare un asserito deficit istruttorio e motivazionale consistente nell'omessa individuazione dell'elemento psicologico dell'illecito contestato solo alla prima, ovvero all'applicazione della sanzione penale accessoria della confisca urbanistica contemplata dall'art. 44 del d.P.R. n. 380/2001 (che in base alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Chambre*, 28 giugno 2018, n. 1828 viene ritenuta in ogni modo compatibile con l'art. 7 CEDU). L'argomento medesimo non è stato invece ritenuto utilmente invocabile al fine dell'irrogazione della sanzione amministrativa dell'acquisizione coattiva dell'immobile al patrimonio del Comune, contemplata dall'art. 30, comma 1 e 8, ovvero dall'art. 31 del medesimo T.U.E., in quanto atti vincolati^[15]. I profili sollevati riguardano le garanzie inerenti alla titolarità del diritto di proprietà e, in particolare, all'aspetto dell'acquisizione della titolarità delle aree dei privati in capo all'Amministrazione quale conseguenza delle misure sanzionatorie previste dall'art. 30, comma 1 ed 8, del D.P.R. n. 380/2001, con un effetto sostanzialmente espropriativo per il proprietario inciso. La Corte Costituzionale con sentenza 24 luglio 2009, n. 239 (riguardante la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2, del medesimo d.P.R. n. 380/2001, sollevata in riferimento agli art. 3, 25, comma 2, e 27, comma 1, della Costituzione, nonché ai principi dettati dalla CEDU, nella parte in cui la norma impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti) ha dichiarato l'inammissibilità della questione anche sotto il profilo dell'omissione da parte del giudice *a quo* della sperimentazione della possibilità di un'interpretazione conforme alla disposizione internazionale, quale interpretata dalla predetta Corte europea dei diritti dell'uomo. Spetta infatti «agli organi giurisdizionali comuni l'eventuale opera interpretativa dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 che sia resa effettivamente necessaria dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo; a tale compito, infatti, già ha atteso la giurisprudenza di legittimità, con esiti la cui valutazione non è ora rimessa a questa Corte. Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge».

Non osta, dunque, al disposto della norma in questione un'interpretazione che tenga conto, in linea con i principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dei profili soggettivi di assenza di colpa e buona fede, che, anzi, si impone alla luce della natura di sanzione amministrativa della misura acquisitiva prevista dai suddetti comma in quanto nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione o omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa.

A ben guardare in effetti mentre l'accertamento dell'ipotesi di reato, nella sua forma materiale o negoziale, presuppone necessariamente la prova dell'elemento psicologico, l'acquisizione al patrimonio del Comune consegua al decorso di 90 giorni senza avere ottemperato

all'ingiunzione di sospensione dei lavori, evidentemente ancora in corso, ovvero di non cedere il bene con atto tra vivi.

L'indifferenza in ordine alla sussistenza o meno di un comportamento colposo è stata interpretata nel senso di porre una presunzione *iuris tantum* di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che l'abbia commesso, spettando allo stesso l'onere della prova della propria incolpevolezza^[16]. L'aspetto relativo alla necessità della sussistenza di un elemento soggettivo, quale indice di rimproverabilità, può recedere dinanzi alla funzione concretamente ripristinatoria della sanzione che in quanto tale «*ha l'attitudine di imporsi, per il suo carattere reale, anche nei confronti di soggetti in stato di incolpevole buona fede, in quanto misura necessaria al ripristino del bene. In base a tale interpretazione, che tiene conto del profilo soggettivo di responsabilità nella condotta, la sanzione acquisitiva di cui all'art. 30 (commi 1, 7 e 8) si palesa in linea con i principi espressi dalla Corte di Strasburgo ed a quest'ultimo riguardo, il dovere di dare all'ordinamento interno una interpretazione conforme alla CEDU, come esplicitata dalla Corte di Strasburgo, deriva dall'art. 117 Cost., comma 1, ed è stato affermato in modo generale dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 348 e 349 del 2007 e, con riferimento specifico al citato art. 44, comma 2, con la sentenza 24 luglio 2009 n. 239*» (v. Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2021, n. 7380).

3. La decadenza.

Con il termine “decadenza” si può intendere sia un provvedimento di natura sanzionatoria, sia più in generale un atto di esercizio del potere di autotutela, sia un distinto istituto di natura rimediabile che fa cessare gli effetti dell'atto precedente con effetto *ex nunc* o per il venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto, o per inadempimento di obblighi imposti dal provvedimento o per mancato esercizio per un determinato periodo di tempo delle facoltà che derivano dallo stesso^[17].

La distinzione ha trovato implicita consacrazione nelle affermazioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che ha così perimetrato “in negativo”, evidenziando gli elementi di affinità e quelli di divergenza, il provvedimento con il quale il Gestore Servizi Energetici (GSE), a conclusione di un procedimento di verifica condotto ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011 e del D.M. 31 gennaio 2014 in relazione ad un impianto fotovoltaico, ha dichiarato la decadenza, appunto, dal diritto alle tariffe incentivanti fruite da un operatore economico, con conseguente recupero integrale degli incentivi percepiti. Ciò essendo emerso nel caso di specie dall'istruttoria, con riferimento all'attestazione dell'origine dei pannelli fotovoltaici, che era stato presentato un documento (*Factory Inspection Attestation*) non conforme a quello che lo stesso ente aveva originariamente emesso. Secondo l'Adunanza plenaria, dunque, la decadenza, intesa quale vicenda pubblicistica estintiva, «*ex tunc (o in alcuni casi ex nunc)*»^[18], di una posizione giuridica di vantaggio (c.d. beneficio) se rientra nell'esercizio dell'autotutela, si connota per la sottoposizione ai presupposti, condizioni ed effetti statuiti a livello generale dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990; se ha carattere sanzionatorio, richiede l'elemento soggettivo del dolo o della colpa e l'effetto ablatorio prodotto al massimo coincide con l'utilità concessa attraverso il pregresso provvedimento ampliativo sul quale viene ad incidere; se istituto autonomo (quale ritenuto quello in esame non presenta alcun tratto comune con il diverso istituto della sanzione, della quale non condivide i due richiamati requisiti, ma «*pur presentando tratti comuni col più ampio genus dell'autotutela, ne deve essere opportunamente differenziato, caratterizzandosi specificamente:*

a) per l'espressa e specifica previsione, da parte della legge, non sussistendo, in materia di decadenza, una norma generale quale quelle prevista dall'art. 21 *nonies* della legge 241/90 [...]; b) per la tipologia del vizio, more solito individuato nella falsità o non veridicità degli stati e delle condizioni dichiarate dall'istante, o nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il perdurante godimento dei benefici, ovvero, ancora, nel venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto; c) per il carattere vincolato del potere, una volta accertato il ricorrere dei presupposti; [...]]»[19]. La giurisprudenza ha già avuto modo di confermare tale distinzione tra decadenza e autotutela avuto riguardo ai provvedimenti del G.S.E. anche dopo la modifica dell'art. 42, comma 3, d.lgs. 28/2011 introdotta dall'art. 56, comma 8, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, il quale ha esteso alla prima i presupposti di cui all'art. 21 *nonies* l. 241/1990, anche allo scopo di circoscriverne nel tempo l'irrogazione, ma non ha mutato la natura del potere (che rimane di decadenza), né il carattere vincolato dello stesso. La titolarità del potere di verifica e controllo, pertanto, non consente l'indiscriminata rimessa in discussione dei presupposti iniziali, senza il rispetto delle necessarie garanzie e degli affidamenti in capo alle imprese direttamente coinvolte, in quanto una volta che il procedimento si è concluso con il vaglio positivo degli elementi forniti dal privato, il riesame dei medesimi elementi deve seguire i canoni ed i presupposti del potere di autotutela, sotto tutti i punti di vista. Ne discende che «anche l'esercizio di poteri di revisione del precedente assenso regolatorio debbano essere esercitati nel rispetto dei principi dettati, in generale per le tradizionali autorità, con riferimento al potere di autotutela. Ciò non solo con riferimento al formale rispetto dei presupposti, ma anche relativamente alla verifica istruttoria e motivazionale degli elementi forniti dai soggetti passivi, sia in relazione ai presupposti iniziali sia rispetto alle alternative che le stesse società avrebbero potuto perseguire, in specie dinanzi al mutamento di interpretazione dell'autorità». (Cons. Stato, sez. VI, 29 luglio 2019, n. 5324, nonché, più di recente, sez. II, 17 giugno 2022, n. 4983)[20]. Sotto il profilo del regime delle tutele non si pongono a tale riguardo particolari problematiche giuste la riconducibilità della materia ad una di quelle di competenza esclusiva del giudice amministrativo.

Ma traslando le relative affermazioni al più generale quadro delle decadenze previste nell'ordinamento, si viene così ad imporre all'interprete un distinguo, appunto, su funzione "punitiva" della stessa e funzione meramente ripristinatoria, di non sempre agevole individuazione.

A titolo di esempio, la previsione nominativa, nonché la finalità di tutela di prescrizioni amministrative imposte dalla legge per giustificare il perdurante godimento del beneficio parrebbe attrarre nella sfera di competenza del giudice amministrativo la decadenza di cui all'art. 29 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (a vario titolo riprodotta nelle discipline regionali di settore) che consegue al mancato utilizzo del posteggio in concessione per un lasso di tempo predeterminato[21]. Né pare condurre a soluzione opposta la circostanza che della stessa si faccia menzione in una norma rubricata "sanzioni", stante che la sanzione ivi prevista consegue alla decadenza (revoca del titolo), laddove la stessa, proprio in quanto non sanzionatoria, non consente giustificazioni alternative rispetto a quelle tassativamente individuate dal legislatore (malattia, gravidanza e servizio militare).

4. La stratificazione normativa in materia di occupazione di suolo pubblico.

Il “suolo pubblico” è quella porzione di territorio non coperta da edificazioni suscettibile di occupazione per varie finalità, per lo più economiche[22], previa concessione o autorizzazione da parte dell’Ente proprietario. Trattandosi per lo più di strade o piazze, esso è riconducibile alla nozione di demanio stradale, la cui disciplina è rinvenibile ancora oggi negli artt. 822 e 824 c.c., a seconda che appartengano allo Stato, ovvero a Province e Comuni. La richiamata sistematica ha assunto oggi connotazioni più sfumate, laddove il suolo (e più in generale il bene pubblico) sia utilizzato da una specifica collettività, sì da essere ancorato alla tutela dell’interesse pubblico che fa capo alla stessa. Emblematica al riguardo la vicenda giuridica delle lagune venete, che non solo in quanto non menzionate come tali nell’elencazione dei beni demaniali (che contempla spiagge, rade dei porti, lidi) sono state ricondotte alla più moderna dizione di “bene comune” da due ormai famose sentenze “gemelle” della Corte di Cassazione, che hanno fornito lo spunto per lo sviluppo di una teoria giuseconomica della proprietà pubblica laddove affermano che *«il solo aspetto della demanialità non appare esaustivo per individuare beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o [...] risultano funzionali ad interessi della stessa collettività»*, di fatto valorizzando l’utilizzo, piuttosto che la titolarità [23].

Ciò ha consentito nel tempo la valorizzazione di istituti, quali il c.d. ‘baratto amministrativo’, che fondano il rapporto sinallagmatico tra privato e pubblica amministrazione proprio sul coinvolgimento dei cittadini, singoli o associati, nella gestione del “bene comune”, in un’ottica di recupero di contenitori degradati, politiche di sicurezza delle periferie, ovvero più semplicemente perequazione tra diretta presa in carico di servizi pubblici, quali il mantenimento del verde o la pulizia e assunzione dell’onere economico degli stessi[24].

La fruizione del suolo pubblico, sottraendolo all’uso della collettività, è soggetta a concessione[25], per l’attribuzione della quale operano i principi di evidenza pubblica come ormai definitivamente chiarito nell’organica evoluzione normativa, dottrina e giurisprudenziale della materia, diretta a ricondurre l’attribuzione di tutte tali fattispecie al rispetto dei principi di matrice comunitaria di imparzialità e di trasparenza[26]. In sintesi, pur avendo avuto la vicenda minore risonanza, anche mediatica, le medesime affermazioni riferite alla sottrazione all’uso collettivo di aree del demanio marittimo si attagliano anche alla mera concessione di “preselle” di suolo pubblico (posteggi e simili), tanto che l’affermazione della diretta applicabilità dei principi eurounitari da parte anche del singolo funzionario chiamato a gestire la normativa di settore ha da tempo determinato la preoccupazione degli operatori economici e l’inerzia degli uffici comunali competenti. Non a caso, nel parere espresso dall’AGCOM in sede di audizione parlamentare, si richiamano la giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia di concessioni demaniali marittime per evocarne i principi anche con riferimento alle concessioni per l’esercizio del commercio su aree pubbliche[27]. La materia peraltro è stata ulteriormente complicata dal fatto che in alcune Regioni molti Comuni hanno comunque provveduto ai rinnovi delle concessioni in base alla legislazione in vigore, “sfruttando” le norme emergenziali relative all’epidemia da Covid-19 che consentono la conclusione dei procedimenti entro novanta giorni dalla cessazione dello stato di emergenza[28]. Quanto detto mentre cominciano a farsi strada le prime sentenze nelle quali si riconosce espressamente la riferibilità della disciplina comunitaria al settore del commercio in aree pubbliche sulla base del percorso argomentativo dell’Adunanza Plenaria laddove afferma che *«la tutela della concorrenza (e l’obbligo di evidenza pubblica che esso implica) è, d’altronde, una “materia” trasversale, che attraversa anche quei settori in cui l’Unione europea è priva di ogni tipo di competenza o ha solo una competenza di “sostegno”: anche in tali settori, quando acquisiscono risorse strumentali all’esercizio delle relative attività (o quando concedono il diritto*

di sfruttare economicamente risorse naturali limitate), gli Stati membri sono tenuti all'obbligo della gara, che si pone a monte dell'attività poi svolta in quella materia. Altrimenti, si dovrebbe paradossalmente ritenere che anche le direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni non potrebbero trovare applicazione ai contratti diretti a procurare risorse strumentali all'esercizio di attività riservate alla sovranità nazionale degli Stati». In altri termini, la direttiva impone l'indizione di gare pubbliche a tutela della concorrenza per il mercato, materia "trasversale" che è suscettibile di trovare applicazione in vari settori dell'ordinamento nazionale, tra cui deve senz'altro farsi rientrare quello delle concessioni di parcheggi a rotazione per l'esercizio del commercio su aree pubbliche per altro caratterizzati anch'essi, come già detto, dalla scarsità delle concessioni assentibili[29].

In linea di massima, le controversie che attingono alle concessioni di suolo pubblico sottostanno alle regole generali individuate dalla giurisprudenza per il riparto di giurisdizione. Spettano dunque al giudice ordinario quelle concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, in quanto a contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere d'intervento della P.A. a tutela di interessi generali (*ex plurimis*, Cass., SS.UU., ord. 30 luglio 2020, n. 16459).

Con riferimento al canone, solo quando venga in contestazione - come, nel caso dell'impugnazione del regolamento - l'esercizio di poteri valutativo-discrezionali nella sua determinazione «*sia in punto di an debeatur sia in punto di individuazione dei criteri di determinazione del quantum debeatur, e non già il suo mero calcolo aritmetico sulla base di criteri già predeterminati*», la competenza è del giudice amministrativo[30].

Giova rammentare il quadro normativo: l'art. 42 del d.lgs. n. 507 del 1993, concernente la «*Revisione ed armonizzazione dell'imposta comunale sulla pubblicità e del diritto sulle pubbliche affissioni, della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche dei Comuni e delle Province nonché della tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani a norma dell'art. 4 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, concernente il riordino della finanza territoriale Ecologia*», ha introdotto la distinzione tra occupazioni di spazi ed aree pubbliche "permanenti" o meno, considerando tali quelle «*di carattere stabile, effettuate a seguito del rilascio di un atto di concessione, aventi, comunque, durata non inferiore all'anno, comportino o meno l'esistenza di manufatti o impianti*» (comma 1, lett. a), per le quali era dovuta una tassa, a tariffa - variabile - «*graduata a seconda dell'importanza dell'area sulla quale insiste l'occupazione*» e «*commisurata alla superficie occupata*»; l'art. 63 del d.lgs. 15 dicembre 1997, n.446, in attuazione della delega, conferita al Governo dalla legge del 23 dicembre 1996, n. 662, ha demandato alle Province ed ai Comuni il potere di adottare un regolamento per assoggettare il titolare della concessione di occupazione, permanente o temporanea, appunto, di strade, aree e relativi spazi soprastanti e sottostanti appartenenti al demanio o patrimonio indisponibile dell'ente, comprese le aree destinate a mercati, anche attrezzati, all'obbligo del pagamento di un canone «*con riferimento alla durata dell'occupazione*» e maggiorabile «*di eventuali oneri di manutenzione derivanti*» dall'occupazione stessa, commisurato alle esigenze del bilancio dell'ente, al valore economico delle aree e all'entità del sacrificio imposto alla collettività con la rinuncia all'uso pubblico generalizzato degli spazi occupati. Inizialmente, era stata prevista anche l'abolizione, con decorrenza dal primo gennaio 1999, delle tasse per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche di cui al capo II del decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 50 (TOSAP), ma l'art. 31, comma 14, della legge 23 dicembre 1998, n. 448 ha poi ripristinato il precedente assetto normativo, anche ai fini della giurisdizione, sicché si è stabilito che l'obbligo del pagamento del canone (COSAP) poteva coesistere con l'obbligo del pagamento della tassa per l'occupazione di aree pubbliche (TOSAP), stante la diversità della natura delle prestazioni dovute dal concessionario, essendo il canone COSAP, per l'appunto, non un

tributo ma il corrispettivo di una concessione, reale o presunta (nel caso di occupazione abusiva), dell'uso esclusivo o speciale di beni pubblici. La medesima norma, infine, al comma 20, nel modificare il comma 1 dell'art. 63 del d.lgs. n. 446 del 1997, stabilì che «*i comuni possono*», adottando appositi regolamenti, «*escludere l'applicazione nel proprio territorio della TOSAP*», e in alternativa «*prevedere che l'occupazione, sia permanente che temporanea, degli spazi e delle aree*», elencati nella norma sostituita, sia assoggettata ad un canone di concessione (COSAP) determinato in base a tariffa, con relativa giurisdizione in capo al giudice ordinario e non tributario, anche a seguito della sentenza della Corte costituzionale sull'art. 3-bis, comma 2, lett. b), della legge 2 dicembre 2005, n. 248, intervenuto a novella, dato atto della diversa natura giuridica del COSAP rispetto alla TOSAP. Al fine di evitare che le scelte concessorie dipendessero da decisioni estemporanee degli Enti territoriali contrarie anche ad un ordinato governo del territorio, l'art. 63 del d.lgs. 446 del 1997 demandava al regolamento comunale anche la disciplina delle condizioni di rilascio e di rinnovo delle autorizzazioni, nonché degli ambiti sanzionatori, facendo salve peraltro le previsioni del sopra richiamato art. 20 del Codice della strada. Tale principio ha trovato consacrazione in numerose pronunce dei giudici di legittimità e amministrativi, in particolare a far data dalla decisione del 7 gennaio 2016, n.61, delle Sezioni Unite della Cassazione, che ha ribadito la natura di corrispettivo del Cosap per la concessione dell'uso esclusivo o speciale di beni pubblici, e non per la sottrazione al sistema della viabilità di un'area o spazio pubblico. Da ultimo, il Capo I del d.lgs. n. 507 del 1993 è stato formalmente abrogato con l'art. 1, comma 847 della legge 27 dicembre 2019, n. 160, salvo essere ripristinato dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni dalla l. 28 febbraio 2020, n. 8, che all'art. 4, comma 3-*quater* ha disposto che l'abrogazione non operi per l'anno 2020. E' stato infatti introdotto un "canone unico" di concessione, autorizzazione o esposizione pubblicitaria, che assorbe anche quello di cui all'art. 27, commi 7 e 8, del Codice della Strada, limitatamente alle strade di pertinenza dei comuni e della province, con portata comprensiva di qualunque canone ricognitorio o concessorio previsto da norma di legge o di regolamento, fatti salvi quelli connessi a prestazioni di servizi. Il potere regolamentare dei Comuni resta tuttavia anche nella nuova cornice normativa, giusta le previsioni in tal senso contenute ai commi da 816 a 836 del richiamato art. 1 della legge di bilancio 2020, che ne demanda al Consiglio comunale, specificando tra i contenuti obbligatori anche le condizioni di rilascio della concessione e il regime sanzionatorio, il cui importo non può superare il 50 % del canone dovuto, ferme restando le sanzioni previste dal codice della strada stesso. Il canone può essere maggiorato di eventuali effettivi e comprovati oneri di manutenzione in concreto derivanti dall'occupazione del suolo e del sottosuolo che non siano, a qualsiasi titolo, già posti a carico dei soggetti che hanno effettuato le occupazioni. Il comma 822 pone a carico dell'Ente proprietario la rimozione dell'occupazione abusiva previa redazione di processo verbale di constatazione redatto da competente pubblico ufficiale, con oneri derivanti dalla rimozione a carico dei soggetti che hanno effettuato le occupazioni.

In relazione alle impugnative degli avvisi di pagamento, la loro contestazione dedotta in via derivata rispetto al regolamento Cosap (ora del canone unico), è stata fatta rientrare nella giurisdizione del Giudice amministrativo. Diverse considerazioni valgono, invece, in ordine a eventuali profili di censura in via autonoma (si veda, in proposito, Cass. SS. UU. Sentenza n. 21950 del 2015, ove si legge: «*le controversie relative ai canoni per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, perché l'obbligo di pagamento di un canone per l'utilizzazione del suolo pubblico non ha natura tributaria, esulando dalla doverosità della prestazione e dal collegamento di questa alla pubblica spesa*»)[31]. Si consideri, peraltro, che la stretta correlazione tra l'atto amministrativo generale presupposto "a monte" e l'atto applicativo "a valle" non ha

una rilevanza circoscritta ai profili giurisdizionali; esso incide, altresì, sull'accertamento del momento in cui possa dirsi integralmente manifestata la lesività del medesimo regolamento.

Avuto riguardo al delicato settore delle concessioni demaniali marittime – ma il principio può essere esteso ad ogni ambito - si è altresì affermato che spetta al giudice amministrativo la giurisdizione sul contenzioso concernente i provvedimenti di rideterminazione del canone, adottati in applicazione dell'art. 1, comma 251, della legge finanziaria n. 296 del 2006, qualora non si tratti della sua mera quantificazione, ma la controversia riguardi anche altri aspetti comportanti una valutazione tecnico-discrezionale da parte dell'Amministrazione (es., l'integrale revisione previa ricognizione tecnico-discrezionale del carattere di pertinenze demaniali marittime delle opere realizzate in precedenza dal concessionario, anche in considerazione dell'inamovibilità o meno delle stesse; la questione se le opere realizzate sul suolo demaniale divenissero di proprietà dello Stato soltanto alla scadenza della concessione; l'applicabilità della normativa sopravvenuta alle concessioni in corso)[32].

5. Le sanzioni di natura non pecuniaria.

Individuare la natura sanzionatoria della misura applicata può non essere sufficiente a individuare anche il giudice competente in relazione alla sua impugnazione. Ciò nello specifico laddove essa venga irrogata autonomamente, ovvero costituisca l'unica conseguenza della condotta illecita oppure l'ulteriore conseguenza della stessa, già sanzionata in via amministrativa, pecuniaria e non solo, ovvero penale. L'art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011, infatti, con riferimento alla competenza del tribunale, parla di “sanzione di natura diversa” applicata “congiuntamente” a quella pecuniaria, ovvero “da sola”.

In passato, sulla base della formulazione letterale dell'art. 22 della l. n. 689 del 1981, si era affermata la giurisdizione amministrativa per tutte le sanzioni accessorie diverse dalla confisca, purché irrogate autonomamente. La questione è stata ancora di recente oggetto di una pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione (ordinanza 21 settembre 2020, n. 19664), che pronunciandosi sul regolamento di giurisdizione sollevato in relazione alla sanzione della chiusura per dieci giorni dell'esercizio destinato al gioco sportivo e alle lotterie irrogata dall'Agenzia delle Dogane e dei monopoli per l'accertata violazione, da parte della Questura, dell'art. 24, comma 21, del d.l. n. 98 del 2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 11 del 2011, ha ritenuto di individuare l'elemento di discriminazione nella mancanza di discrezionalità applicativa. In tal modo il giudice ha inteso discostarsi dal precedente orientamento che ravvisava, appunto, nell'autonomia della sanzione l'elemento diversificante, giusta la stretta connessione di quella irrogata contestualmente ad altra pecuniaria con i presupposti di quest'ultima. Al contrario, l'autonomia era considerata quasi *ex se* indizio di un contenuto conformabile dalla pubblica amministrazione, mediante l'esercizio del proprio potere discrezionale, alla violazione concretamente posta in essere ed espressione dell'esercizio del potere, anch'esso discrezionale, di vigilanza e controllo dell'autorità amministrativa.

Al contrario, il perno della questione viene ora a spostarsi propria sulla sussistenza o meno di discrezionalità applicativa, a prescindere dal momento in cui si addivenga alla scelta, rilevando caso mai lo stesso quale vizio del procedimento sanzionatorio in qualunque sede rilevato. La discrezionalità va dunque effettivamente accertata e costituisce la cartina di tornasole non della natura sanzionatoria o meno del provvedimento, ove comunque

afflittivo, ma della sua portata doverosa nell'*an* e necessitata nel *quomodo*. Solo laddove, quindi, non vi è alcuna possibilità di scelta da parte della P.A. procedente, la giurisdizione in materia di sanzione di natura non pecuniaria è del giudice ordinario^[33].

La natura esclusivamente afflittiva e il potere interamente vincolato della norma che definisce dettagliatamente il fatto che integra la violazione stabilisce l'obbligo di applicare la sanzione determinandone in via esclusiva e non alternativa il contenuto anche in relazione alla durata, con la prescrizione inderogabile del minimo e del massimo irrogabili. A quel punto l'applicazione della sanzione consegue ad un obbligo di legge, derivante dalla commissione del fatto illecito, accertata dall'autorità di polizia, e non costituisce il risultato di un'autonoma attività di vigilanza e controllo dell'autorità amministrativa irrogante.

Questo importante ripensamento giurisprudenziale ci consente oggi di azzardare qualche conclusione sulla giurisdizione, venendo a specificarsi (attraverso qualche grossa semplificazione) che, eccezion fatta per i casi di giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, le sanzioni non pecuniarie, comminabili in carenza di discrezionalità, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla loro specifica afflittività.

Una interessante applicazione dei ridetti principi è dato ravvisare nelle numerose pronunce di primo grado (inappellate) nelle quali il giudice amministrativo ha declinato la propria competenza avuto riguardo a talune sanzioni previste dalla legislazione emergenziale per fronteggiare l'epidemia da COVID-19. Con riferimento, ad esempio, alla disciplina di cui all'art. 4, comma 2, del d.l.ec n. 19 del 2020, convertito in l. n. 35 del 2020 – che prevede espressamente quale sanzione accessoria non alternativa la chiusura dell'esercizio da 5 a 30 giorni nei casi di cui all'art. 1, comma 2, lettere i), m), p), u), v), z) e aa) – si è infatti riconosciuto che trattasi indiscutibilmente di fattispecie in cui risultano predeterminate sia la condotta sia la sanzione minima e massima, così che «la sanzione accessoria ha natura esclusivamente afflittiva al pari di quella pecuniaria alla quale si aggiunge ancorché senza alcun collegamento causale o consequenziale». Ne discende «che non venga in tal caso, in rilievo alcun potere discrezionale, in quanto l'autorità è priva del potere di stabilire se applicare la sanzione, né può articolarne il contenuto come nelle sanzioni ripristinatorie della situazione modificata a causa della condotta illecita» e in considerazione del fatto che non risulta ascrivibile all'esercizio di un potere propriamente discrezionale la mera determinazione dei giorni di chiusura del locale aperto al pubblico, da effettuarsi dalla stessa tra un minimo e un massimo, rigorosamente predeterminati dalla norma^[34]. A tutto ciò consegue che la afflittività della misura irrogata ne implica la portata «sanzionatoria» e le conseguenti garanzie anche procedurali nella irrogazione; ma è l'obbligo applicativo e contenutistico a sancirne il regime delle tutele.

6. La rimozione dell'occupazione di suolo pubblico nella normativa a tutela della sicurezza delle città.

Con la legge 15 luglio 2009, n. 94, è stato inserito un particolare tipo di rimedio avverso occupazioni abusive di suolo pubblico che va ad aggiungersi a quelli già previsti e che ha dato luogo a un interessante contenzioso che attinge i principi poco sopra enunciati. Trattasi dell'art. 13, commi 16, 17 e 18. La norma prevede dunque che fatta salva l'applicazione dei provvedimenti dell'autorità per motivi di ordine pubblico (per esempio, ordinanze contingibili e urgenti), in tutti i casi di indebita occupazione di suolo pubblico riconducibile

o al reato di cui all'articolo 633 del codice penale o alla fattispecie di cui all'articolo 20 del codice della strada, il sindaco per le strade urbane e il prefetto per quelle extraurbane o per ogni luogo quando ricorrono motivi di sicurezza pubblica, possono ordinare il ripristino dello stato dei luoghi a spese degli occupanti[35].

In caso di accertamento di tali illeciti, peraltro, è prevista sempre la trasmissione di copia del verbale di accertamento alla Guardia di finanza (art. 1, comma 18), ai sensi dell'art. 36 della del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

Come affermato da subito dai primi commentatori, la tipologia di provvedimento previsto da questa disposizione non è riconducibile al *genus* delle ordinanze contingibili ed urgenti, pur nascendo da esigenze di sicurezza, *lato sensu* intesa. Con tale norma si generalizza caso mai una specifica sanzione accessoria riferita a due diverse tipologie di illecito, penale (art. 633 c.p.) e amministrativo (art. 20 Codice della strada), in quanto esplicitamente richiamati[36]. Il tema è stato affrontato nuovamente dal dal d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito dalla l. 18 aprile 2017, n. 48, che ha inteso peraltro valorizzare in termini più generali la potestà regolamentare del comune in materia di "sicurezza delle città", e dunque in una visione prospettica ben diversa da quella a carattere economico comunque sottesa alla riscossione del canone. Il legislatore dunque da un lato ha riscritto per l'ennesima volta il potere di ordinanza del sindaco per la tutela della "sicurezza urbana"[37]; dall'altro, ha delimitato inediti spazi di intervento per i regolamenti comunali. Si è cercato in tal modo di porre rimedio ad una delle principali contraddizioni sorte a seguito della novella dell'art. 54 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, attuata con l'art. 6 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito dalla legge 24 luglio 2008, n. 125. In primo luogo, mediante l'inserimento del comma 7-ter nell'art. 50, dunque, concernente il potere di ordinanza del Sindaco quale capo del governo locale, è stata attribuita ai comuni la potestà di dotarsi di appositi regolamenti nelle medesime materie per le quali gli è riconosciuto di provvedere in via d'urgenza. Si tratta delle «*situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche*». In secondo luogo, si è demandata ai regolamenti comunali di polizia urbana la possibilità di «*individuare aree urbane su cui insistono scuole, plessi scolastici e siti universitari, musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi della cultura o comunque interessati da consistenti flussi turistici, aree destinate allo svolgimento di fiere, mercati, pubblici spettacoli ovvero adibite a verde pubblico*», nell'ambito delle quali applicare a chi ponga in essere condotte che ne impediscono l'accessibilità e la fruizione, in violazione dei divieti di stazionamento o di occupazione di spazi, la sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma da euro 100 a euro 300 e il contestuale ordine di allontanamento dal luogo in cui è stato commesso il fatto[38]. Va peraltro precisato che l'art. 5, comma 1, lett. c) del decreto rimette ai patti per l'attuazione della sicurezza urbana la "valorizzazione" di forme di collaborazione interistituzionale tra le amministrazioni competenti quale tipico strumento di sicurezza partecipata anche l'eventuale supporto all'ente locale nell'individuazione delle aree urbane da sottoporre alla particolare tutela di cui all'articolo 9, comma 3 dello stesso.

Nel complicato gioco di rimandi riveniente dalle numerose clausole di rinvio agli illeciti previsti dalle varie norme richiamate (ad esempio, l'art. 29 del d.lgs. n. 114 del 1998 per quanto concerne il commercio su aree pubbliche, senza peraltro distinguere all'interno dello stesso le varie tipologie di violazioni), il richiamato comma 3 dell'art. 9 fa salva anche

L'applicazione dell'art. 52, comma 1-*ter*, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali) e dell'art. 1, comma 4, del d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222 (Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività -SCIA-, silenzio assenso e comunicazione di inizio lavori e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124)^[39]. La prima di tali disposizioni, al fine di assicurare il decoro dei complessi monumentali e degli altri immobili del demanio culturale interessati da flussi turistici particolarmente rilevanti, nonché delle aree a essi contermini, avoca al livello statale (i competenti uffici territoriali del ministero per i beni e le attività culturali, *id est* le Soprintendenze), seppure d'intesa con la regione e i comuni, l'adozione di determinazioni volte a vietare gli usi da ritenere non compatibili con le specifiche esigenze di tutela e di valorizzazione, comprese le forme di uso pubblico non soggette a concessione di uso individuale, quali le attività ambulanti –*recte*, itineranti - senza posteggio, nonché, ove se ne riscontri la necessità, l'uso individuale delle aree pubbliche di pregio a seguito del rilascio di concessioni di posteggio o di occupazione di suolo pubblico^[40]. L'art. 1, comma 4, del decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 222, egualmente prevede, a riprova della ribadita necessità di porre alcuni argini al processo di liberalizzazione delle attività economiche nell'ambito delle scelte di governo, un invertito assetto delle competenze, per cui è il comune, d'intesa con la regione, sentito il competente soprintendente del ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, ad adottare le deliberazioni volte a individuare, sentite le associazioni di categoria, zone o aree aventi particolare valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico in cui è vietato o subordinato ad autorizzazione, l'esercizio di una o più attività, in quanto ritenuta non compatibile con le esigenze di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale. Come si vede da un'analisi comparata delle disposizioni richiamate, le finalità di tutela finiscono per essere sovrapponibili, laddove al Comune è consentito in maniera più ampia riservarsi l'imposizione del titolo abilitativo espresso, così da demandare al momento del relativo rilascio la verifica della compatibilità con l'assetto dei luoghi che si vogliono tutelare. La possibilità, cioè, di imporre un titolo di legittimazione che non sia la segnalazione certificata di inizio di attività, prevista in tutte le altre aree del territorio, anche per reintrodurre surrettiziamente il controllo della tipologia o categoria merceologica e valutarne la compatibilità con le esigenze di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, diviene strumento per controllarne l'insediamento. Ovviamente, affinché ciò non si risolva in una limitazione indiscriminata della concorrenza in dispregio delle disposizioni europee recepite nelle d.lgs. 59/2010, si prevede un costante monitoraggio da parte del ministero dei provvedimenti adottati. Allo scopo, le deliberazioni adottate sulla base di tale norma devono essere trasmesse alla competente soprintendenza del ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo e al ministero dello sviluppo economico per il tramite della regione. La digressione intrapresa, tuttavia, mette in luce la astratta sovrapponibilità di assetti regolatori diversi, anche a livello locale, giusta le variegate possibilità di intervento, in ragione dei diversificati interessi pubblici evidenziati, previste dal legislatore.

Limitandosi, dunque, ad alcuni dei possibili strumenti di eliminazione di un'occupazione abusiva, va rimarcato come il provvedimento (scritto) del Sindaco o del Prefetto previsto dalla normativa del 2009 è rimesso alla discrezionalità dell'Amministrazione; al contrario, l'ordine di allontanamento è doveroso al ricorrere delle condizioni date, come dimostrato dalla perentorietà dei termini utilizzati dal legislatore, al pari, del resto, dell'attivazione della sanzione accessoria del ripristino dello stato dei luoghi prevista dall'art. 20 del Codice della Strada e della rimozione dell'abuso cui fa riferimento, da ultimo, la legge n. 160 del 2019. Sicché a parità di effetto afflittivo, utilizzando il paradigma da ultimo fornito dalle Sezioni

unite della Cassazione, le relative opposizioni vanno ricondotte alla competenza del giudice ordinario, salva la prima ipotesi richiamata, pur incidendo comunque la misura su diritti costituzionalmente garantiti, quali la libertà di movimento^[41].

Le sentenze del Consiglio di Stato aventi ad oggetto il provvedimento di chiusura dell'attività commerciale che ha posto in essere un'occupazione abusiva di suolo pubblico sono moltissime, e per lo più già andavano nella direzione da ultimo tracciata dai giudici di legittimità: avendo il legislatore utilizzato il verbo "possono", a sottolineare il discrezionale esercizio del potere, la competenza a decidere sui ricorsi va attribuita al giudice amministrativo.

Occorre se mai chiedersi se siano ancora attuali le stesse affermazioni ove riferite alla determina dirigenziale che dà attuazione ad una previsione regolamentare a monte, non impugnata, che ne ha imposto l'adozione a presupposti dati, addirittura indicando l'entità dei giorni di chiusura nell'ambito del tetto massimo fissato dal legislatore. Ciò laddove evidentemente, *mutatis mutandis* quanto richiamato a proposito degli avvisi di accertamento, non si intenda attraverso l'atto conseguente censurare vizi dell'atto regolamentare presupposto. Per contro, la giurisprudenza ha al riguardo affermato con riferimento alla scelta regolamentare attuata dal Comune di Roma Capitale: «*La norma attributiva del potere conferisce al sindaco una facoltà discrezionale di chiusura dell'attività commerciale per un termine non inferiore a cinque giorni. Nella specie, il sindaco di Roma, in assenza di vincoli normativi in ordine alle modalità di esercizio del potere discrezionale, lo ha legittimamente esercitato, all'esito di una complessiva comparazione degli interessi rilevanti, mediante l'adozione di un atto di natura generale. In particolare si è ritenuto che per le ragioni indicate nell'atto in tutti i casi in cui fosse stata accertata l'occupazione abusiva di suolo pubblico, in determinate zone storiche della città di Roma, sarebbe stato necessario applicare anche la sanzione della chiusura dell'attività commerciale. La particolare situazione in cui versavano ampie zone della parte storica ha pertanto giustificato l'adozione di un provvedimento di valenza generale con il quale si è disposta l'applicazione delle sanzioni previste*» (Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2015, n. 1611). Per completezza, è interessante ricordare come in relazione alla potenziale violazione delle disposizioni in materia di liberalizzazione, si è comunque affermato che l'esercizio di un potere di tipo sanzionatorio può sempre legittimamente limitare l'iniziativa economica garantita dall'articolo 41 della Costituzione. Nel caso di specie, la sua riconducibilità al potere di ordinanza ordinario, oltre a renderlo rispettoso delle indicazioni rivenienti dalla sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2011, n. 115, che, come noto, ha inciso sul comma quattro dell'articolo 54 del T.u.e.l. laddove aveva inserito la possibilità di adottare anche provvedimenti ordinari per ragioni di sicurezza urbana, ben si concilia con la sua riconduzione allo strumento regolamentare tipicamente espressivo del potere normativo dell'organo elettivo del Comune. Viene infatti ritenuto «*conforme a costituzione la previsione normativa attributiva di un potere sindacale ordinario che contenga sia il fine pubblico da raggiungere (cosiddetta legalità-indirizzo) sia contenuto in modalità di esercizio del potere (cosiddetta legalità-garanzia)*». Ciò anche relativamente alla scelta di elevare a livello generale il potere sanzionatorio stabilito dalla norma, fissandone appunto i presupposti con apposito regolamento e con ciò trasformando in verità una mera facoltà, correlata alla valutazione dei singoli interessi in gioco, ivi compresa, si ritiene, la concomitante attivazione di diversi procedimenti sanzionatori, in obbligo di irrogazione^[42]. Spetterebbe dunque al giudice ordinario valutare la legittimità della sopravvenienza del provvedimento a distanza di molto tempo dalla commessa violazione, laddove al contrario il giudice amministrativo ha ritenuto ininfluenza finanche l'avvenuto ripristino della situazione di legalità, proprio in ragione della portata "ineludibile" della sanzione prevista. La cessazione dell'illegittima occupazione, il ripristino

dei luoghi e il pagamento delle sanzioni irrogate da parte del contravventore non fanno venire meno, infatti, gli «*indefettibili presupposti*» per l'adozione del provvedimento di chiusura dell'esercizio, «*dal momento che quei fatti sopravvenuti all'accertato abuso non possono avere natura di eliminazione dell'abuso stesso, laddove il provvedimento di chiusura ha natura sanzionatoria e va comunque adottato, la chiusura dell'esercizio per un periodo di cinque giorni rappresentando la misura minima della sanzione in caso di occupazione indebita di suolo pubblico per fini commerciali*»^[43].

7. Problematiche di *ne bis in idem*.

La astratta applicabilità di una pluralità di sanzioni impone di domandarsi anche se le stesse concorrano tra di loro ovvero si elidano a vicenda, giusta la applicabilità del principio del *ne bis in idem*, che costituisce il limite negativo alla disciplina del concorso formale di illeciti, seppure mitigato in termini di proporzionalità dal regime del cumulo giuridico^[44].

Va ricordato brevemente come il principio del *ne bis in idem* ha subito negli ultimi anni una radicale trasformazione, perdendo la propria connotazione – esclusivamente processuale – di baluardo contro la sottoposizione, per il medesimo illecito, a due distinti procedimenti, originariamente penali, e divenendo garanzia sostanziale di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio.

Preliminarmente, esso si declina dunque nel divieto di instaurare o proseguire un nuovo procedimento sugli stessi fatti o circostanze già oggetto di un precedente giudizio ovvero di un diverso procedimento. La *ratio* tutela, quindi, l'autorità della cosa giudicata e la certezza del diritto.

Tale divieto è codificato, nell'ordinamento interno, dall'art. 649 c.p.p., con implicita copertura costituzionale negli artt. 24 e 111 Cost. A livello internazionale, invece, il principio in esame è stato positivizzato dall'art. 4 p. 1 del VII Protocollo addizionale della CEDU e dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (dotata di efficacia vincolante al pari dei Trattati).

Astrattamente, tuttavia, come si evince dalle statuizioni delle Corti EDU e UE e dalle conclusioni della Suprema Corte di Cassazione, esso non si pone in contrasto con la tendenziale legittimità del c.d. doppio binario sanzionatorio^[45]. Una recente pronuncia dei giudici di legittimità aveva già tentato di mitigare la portata di tale ricostruzione, basata sulla sostanziale possibilità di duplicare i regimi sanzionatori. Si è dunque affermato che ai fini del divieto di *bis in idem* di cui all'art. 4, §1, Protocollo n. 7 alla Convenzione EDU, la natura (sostanzialmente) penale della sanzione qualificata come amministrativa dall'ordinamento interno deve essere valutata applicando i cd. “*Engel criteria*”, ma la violazione non sussiste nei casi di litispendenza, quando cioè una medesima persona sia perseguita o sottoposta contemporaneamente a più procedimenti per il medesimo fatto storico e per l'applicazione di sanzioni formalmente o sostanzialmente penali, oppure quando tra i procedimenti vi sia una stretta connessione sostanziale e procedurale. In tali casi deve essere garantito un meccanismo di compensazione che consenta di tener conto, in sede di irrogazione della seconda sanzione, degli effetti della prima così da evitare che la sanzione complessivamente irrogata sia sproporzionata. Ne consegue che in caso di sanzione (formalmente amministrativa ma) sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione EDU,

irrevocabilmente applicata all'imputato successivamente condannato in sede penale per il medesimo fatto storico, il giudice deve commisurare la pena tenendo conto di quella già irrogata, utilizzando, a tal fine, il criterio di ragguglio previsto dall'art. 135 c.p., applicando, se del caso, le circostanze attenuanti generiche e valutando le condizioni economiche del reo. Il meccanismo di compensazione non si applica se la sanzione amministrativa è stata precedentemente pagata da persona diversa dal reo^[46].

La Corte costituzionale tuttavia si è spinta assai più avanti con la sentenza n. 149 del 10 maggio 2022, i cui effetti sul piano pratico nell'ambito del diritto punitivo sono ancora da scrutinare. I giudici della Consulta hanno dichiarato la illegittimità costituzionale proprio dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato, al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo non legato a quello penale da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, una sanzione avente carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dei relativi protocolli, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), apporta nuova linfa propulsiva alla tematica di riferimento. Nel caso di specie la Corte ha censurato la norma in quanto non impone al giudice di pronunciare una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsto dall'art. 171-ter della l. n. 633 del 1941, sulla tutela del diritto d'autore, il quale, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della legge medesima. Ciò si pone infatti in contrasto con la *ratio* del principio del *ne bis in idem*, ovvero «*quella di evitare che un soggetto sia sottoposto ad un'ulteriore sofferenza nonché a costi economici, ovvero a quelle che sono le conseguenze naturali di un nuovo processo a fronte di fatti per i quali esso sia già stato giudicato. Sono presupposti per la configurazione del ne bis in idem: la sussistenza di un medesimo fatto, la sussistenza di una previa decisione (che concerna il merito della responsabilità penale dell'imputato e che sia divenuta irrevocabile) nonché la sussistenza di un secondo procedimento o processo di carattere penale per quei medesimi fatti*». Laddove tuttavia la nozione di sanzione "penale" attinge largamente all'elaborazione europea, piuttosto che alla codifica di diritto positivo nazionale.

La Corte conclude affermando la propria consapevolezza dell'insufficienza della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma *in parte qua*, rivolgendo un monito in senso correttivo al legislatore «*nel quadro di un'auspicabile rimediazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio*».

Conclusioni.

La necessità di realizzare in Italia una radicale semplificazione normativa, accompagnata da quella amministrativa, viene unanimemente indicata dagli analisti, da rapporti internazionali e nazionali, nonché dalle forze politiche e dai settori produttivi, come un elemento essenziale per il rilancio del Paese. E ciò, sia in termini di competitività delle imprese, sia in termini di qualità della vita dei cittadini, favorendo l'accesso ai servizi e la tutela dei diritti. L'efficienza e la competitività del sistema produttivo, la crescita economica e la stessa qualità della vita risentono della qualità della regolazione, non meno che della semplificazione amministrativa: la deflazione normativa, la migliore e più coerente produzione e manutenzione delle regole

scongiurano infatti il rischio di un'incertezza del diritto che alligna nell'eccesso di norme, soprattutto se confuse e contraddittorie, la quale può condurre alla negazione del diritto stesso e a porre le premesse per comportamenti illegali.

Quanto detto, tuttavia, come vale necessariamente nella fase di avvio delle attività economiche, non può non valere anche con riferimento alla eventuale patologia del relativo esercizio, sì da rendere la sanzione afflittiva in maniera commisurata al comportamento tenuto, e comunque non radicalmente ostativa, per reiterazione e non per intensità, alla loro prosecuzione.

L'interprete dunque, nel dipanare la intricata matassa di norme, nazionali e locali mal coordinate e sovrapposte, deve comunque tenere conto di tali elementari principi di garanzia, evitando la duplicazione di procedimenti sanzionatori, volti a censurare sotto l'egida della apparente diversità del valore giuridico tutelato la medesima condotta, addirittura con sanzioni di identico contenuto. Evidenti ragioni di sintesi non consentono di attingere anche le problematiche urbanistico-edilizie, igienico-sanitarie, ovvero ambientali connesse alla realizzazione in ampliamento di locali preesistenti della superficie destinata alla vendita o alla somministrazione di alimenti e bevande[47].

Se si eccettuano i profili di natura tributaria, dunque, la consistenza dell'abuso, tale da farlo assurgere a edificazione *sine titulo*, con quanto ne consegue in termini di rispetto delle eventuali disposizioni vincolistiche vigenti, dovrebbe indurre a riflettere sulla sua riconducibilità anche a tutte le ulteriori fattispecie di illecito astrattamente configurabili, laddove non sia ravvisabile un elemento certo di specialità di ciascuna di esse. A titolo di esempio, l'avvenuta attivazione del procedimento di cui all'art. 211 del Codice della strada, dovrebbe essere valutato al fine dell'applicazione di ulteriori misure della rimozione immediata dell'illecito, a maggior ragione ove introdotta più volte e con distinte finalità in distinti regolamenti comunali, di fatto riproducendo a livello locale le brutte abitudini regolatorie che affliggono la legislazione nazionale. E comunque, ancora una volta, è la Consulta a farsi da propulsore verso una razionalizzazione normativa che guidi a maggior ragione le scelte di politica punitiva, evitando di affidarle a spinte emozionali del momento e comunque imponendo la consapevole messa a sistema di tutte le possibili conseguenze di una condotta astrattamente *contra ius*.

[1] Con riferimento al caso in cui la medesima condotta violi diverse disposizioni normative, l'art. 8 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ha introdotto nel sistema sanzionatorio amministrativo il cumulo giuridico corrispondente a quello previsto per le pene dall'art. 81 del codice penale, ossia il concorso formale al primo comma, e successivamente, al secondo comma, la continuazione, ma limitatamente alle violazioni in materia di previdenza e assistenza obbligatorie. L'introduzione dell'istituto del concorso formale omogeneo o eterogeneo nel testo della legge ha avuto un andamento altalenante, indice della complessità della materia e del dibattito conseguente: previsto nel disegno di legge 339 approvato dalla Camera dei deputati nella seduta del 18 settembre 1980, venne poi soppresso dal Senato (v. il testo trasmesso alla Camera il 17 giugno 1981) essendo stato, a quanto si legge nel resoconto della seduta della IV commissione della Camera del 22 luglio 1981, ritenuto superfluo perché la disposizione era ricavabile dai principi generali; ma fu ripristinato dalla richiamata commissione della Camera, nella seduta del 10 settembre 1981. A livello di disciplina generale non è stato invece previsto un regime mitigato in caso di concorso materiale di illeciti, che comporta pertanto la sommatoria "aritmetica" delle sanzioni, salvo il ricordato regime della continuazione introdotto dall'art. 1-*sexies* della legge 31 gennaio 1986, n. 11, di conversione in legge del decreto-legge 2 dicembre 1985, n. 688, limitatamente alle violazioni in materia previdenziale e contributiva, nel quadro della lotta all'evasione, con la dichiarata finalità di evitare una pesantezza delle sanzioni che avrebbe potuto scoraggiare gli

autori degli illeciti evasori a mettersi in regola (seduta della Camera del 24 gennaio 1986). Sul tema v. Cons. Stato, sez. I, 15 aprile 2014, n. 1264.

[2] Basti ricordare, a mero titolo di esempio, le varie disposizioni (legislazione tributaria, regolamenti comunali, a loro volta riferiti alle varie materie destinate ad impattare sulla tematica, Codice della Strada, normativa urbanistico-edilizia ovvero vincolistica), da ultimo conseguite anche all'esigenza di fronteggiare l'emergenza pandemica e gli obblighi di distanziamento sociale ad essa correlati, che prevedono la rimozione dell'occupazione di suolo pubblico abusiva strumentale allo svolgimento di un'attività economica, determinando di fatto la sovrapposizione di procedure, per lo più connotate da modalità e tempistiche diverse. Sulla sopravvenienza della sanzione della chiusura dell'attività commerciale a distanza di anni dall'illecito, v. Cons. Stato, sez. II, 4 giugno 2020, n. 3548, riferita alla previsione dell'art. 5, comma 2, della l. 18 gennaio 1994, n. 50, quale conseguenza dell'accertamento del reato (per il quale era peraltro intervenuta estinzione per oblazione) di cui agli artt. 291-bis e 291-ter del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, relativo alla detenzione di tabacchi lavorati di contrabbando. La sentenza affronta anche il tema degli effetti del subingresso nell'attività commerciale intervenuto *medio tempore*, che può comportare l'estraneità dell'acquirente all'illecito originario, non potendogli certo imporre un onere di informativa sui procedimenti sanzionatori, di qualsiasi tipologia, pendenti o pregressi, vuoi in ragione della inesistenza di un'effettiva banca dati al riguardo, vuoi per non incorrere in violazione del divieto di *gold plating* nelle transazioni commerciali.

[3] Alla logica di semplificazione nell'accesso agli uffici pubblici rispondono, come noto, l'art. 24 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, di istituzione dello sportello unico delle attività produttive (S.U.A.P.) - la cui concreta operatività non a caso è stata tuttavia oggetto di disciplina regolamentare solo a distanza di molti anni (si veda da ultimo il d.P.R. 7 settembre 2010, n. 160) - nonché l'art. 5 del d.P.R. 30 giugno 2001, n. 380 (T.u.e.) concernente l'analoga struttura deputata all'istruttoria, anche informativa, delle sole pratiche edilizie di diversa natura. La prassi ha da subito evidenziato difficoltà di coordinamento finanche tra ridette articolazioni organizzative, in particolare negli Enti territoriali di dimensioni ridotte, anche laddove ci si avvalga dei previsti strumenti di gestione associata, per uno solo o per entrambi gli sportelli, con quanto ne è conseguito in termini di individuazione della effettiva titolarità delle competenze e, a cascata, delle conseguenti responsabilità). V. in proposito Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 2020, n. 7773; sez. II, 27 febbraio 2020, n. 4774.

[4] L'elencazione delle sanzioni in materia urbanistico-edilizia riportata nel testo è volutamente limitata ad alcuni dei casi più frequenti di irrogazione di sanzioni pecuniarie individuate in una forbice edittale predeterminata. Più complesso l'inquadramento - ma di certo non il regime delle tutele, per quanto qui di interesse - delle medesime sanzioni pecuniarie, ove previste in alternativa alla demolizione, resa impossibile dal pregiudizio che ne deriverebbe alla parte "lecita" del manufatto (v. art. 34, comma 2, per il caso di realizzazione di un intervento in parziale difformità dal permesso di costruire), commisurate pertanto al valore venale del bene. Come è stato sottolineato dalla dottrina più rigorosa, il provvedimento che ingiunge la demolizione di un'opera abusiva, infatti, non ha natura propriamente sanzionatoria, ma è finalizzato a ripristinare la legalità oggettiva violata dall'abuso, tant'è che finisce per operare in maniera necessitata a prescindere dai profili di colpevolezza del proprietario dell'immobile. La stessa finalità finirebbe per condizionare anche le misure **pecuniarie** previste, per alcune fattispecie, proprio in alternativa alla demolizione stessa. Queste misure patrimoniali, inaugurate dalla legge-ponte del 1967, costituirebbero cioè uno strumento di riequilibrio patrimoniale diretto ad evitare che la violazione di norme urbanistico-**edilizie** possa determinare, in assenza della demolizione, un vantaggio patrimoniale in capo al titolare dell'immobile interessato, assumendo pertanto una finalità più propriamente perequativa, che ontologicamente sanzionatoria. Sul punto v. A. Albé, *Provvedimenti repressivi di abusi e onere di motivazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 12, 1329 (nota a Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3182); D. Lavermicocca, *Le sanzioni in edilizia. Atto vincolato e legittimo affidamento*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 5, 641 (nota a Cons. Stato, sez. VI, 14 maggio 2019, n. 3133).

[5] Sul punto, v. ancora Cons. Stato, sez. II, n. 3548 del 2020, cit. *sub* nota 2. In dottrina, cfr. soprattutto gli studi di M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione. Studi preliminari*, Napoli, 1981 (e ivi specifici capitoli sulla confisca e sulle sanzioni edilizie); *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Profili sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983; *Sanzione amministrativa*, voce dell'Enc. giur. Treccani, Roma; *Sanzioni non pecuniarie della P.A.*, in *Libro dell'anno del diritto* Treccani, Roma, 2015; e di A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1984; *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.* 2014.

[6] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512, ove si è esclusa la portata precettiva del termine per la contestazione delle violazioni solo nel caso in cui esista una diversa regolamentazione da parte di fonte normativa pari ordinata che per il suo carattere di specialità si configuri idonea ad introdurre deroga alla norma generale e di principio. La fattispecie esaminata dai giudici di Palazzo Spada concerneva le sanzioni irrogate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia antitrust, con riferimento alle quali la tesi propugnata trova conforto anche nella previsione dell'art. 31 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, che richiama le norme generali di cui alla l. 24 novembre 1981, n. 689 «*in quanto applicabili*», laddove il d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 non reca alcuna indicazione alternativa sulla scansione temporale del procedimento sanzionatorio.

[7] In taluni casi, tuttavia, la chiusura dell'attività sembra assumere proprio tale carattere riparatorio. Si pensi a quanto previsto a livello generale dall'art. 17-ter del r.d. 18 giugno 1931 (T.U.L.P.S.) per talune violazioni quali l'attivazione di un pubblico esercizio in assenza di titolo (violazione art. 86, sanzionata ai sensi dell'art. 17-bis): la previsione della cessazione

dell'attività da disporsi entro 5 giorni costituisce un tipico esempio di misura cautelare riparatoria, al pari della sospensione per il tempo necessario ad adeguarsi alle prescrizioni, la cui durata non a caso viene scomputata dalla analoga sanzione accessoria (art. 17-*quater*). Solo nel primo caso si prescinde da qualsivoglia verifica sulla colpevolezza dell'autore della violazione, stante la finalità cautelare dell'intervento. La circostanza che per talune tipologie di pubblici esercizi, quali quelli di somministrazione di alimenti e bevande, sia da tempo intervenuta una distinta legislazione di settore, anche a livello nazionale (l. n. 287 del 1991) rende a questo riguardo particolarmente sensibile la scelta del legislatore di non abrogare comunque il sistema sanzionatorio previsto dal T.u.l.p.s., per la evidente finalità di conservare una qualche rilevanza alla vecchia categoria della autorizzazioni di polizia, tipicamente riconducibili allo stesso: pretermettendo tuttavia le conseguenti problematiche di potenziale duplicazione di sanzioni, anche accessorie, in tal modo previste, in dispregio del principio del *ne bis in idem*.

[8] Si pensi al recente *revirement* della giurisprudenza amministrativa in materia di perentorietà dei termini dei procedimenti sanzionatori facenti capo all'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente – ARERA. Se in linea generale, infatti, il carattere della perentorietà può essere riconosciuto a una scadenza temporale solo da un'espressa norma di legge, sicché, in assenza di una specifica disposizione che lo preveda come tale, esso va necessariamente inteso come sollecitatorio o ordinatorio e il suo superamento non determina l'illegittimità dell'atto, la particolarità del procedimento sanzionatorio rispetto al paradigma del procedimento amministrativo ha opportunamente portato a diverse conseguenze, attesa la stretta correlazione sussistente tra il rispetto di quel termine e l'effettività del diritto di difesa, avente protezione costituzionale (nel combinato disposto degli articoli 24 e 97 Cost.). Difatti, nei procedimenti sanzionatori consentire l'adozione del provvedimento finale entro il lungo termine prescrizione (cinque anni, *ex art.* 28 della l. n. 689 del 1981), anziché nel rispetto del termine specificamente fissato per la sua adozione, equivarrebbe a esporre l'incolpato a un potere sanzionatorio di fronte al cui tardivo esercizio potrebbe essergli difficoltoso approntare in concreto adeguati strumenti di difesa, non adeguatamente tutelate dal generico richiamo ai principi sul giusto procedimento di cui alla l. n. 241 del 1990. L'esercizio di una potestà sanzionatoria, di qualsivoglia natura, non può dunque restare esposta *sine die* all'inerzia dell'autorità preposta al procedimento, per elementari esigenze di sicurezza giuridica e di prevedibilità in tempi ragionevoli delle conseguenze dei propri comportamenti (Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2021, n. 584; *id.*, 17 marzo 2021, nn. 2307, 2308 e 2309, che hanno esteso i principi già affermati con riferimento ad altre Autorità - Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199; *id.*, 6 agosto 2013, n. 4113; 29 gennaio 2013, n. 542, con riferimento alla Banca d'Italia; sez. VI, 4 aprile 2019, n. 2289, per l'ANAC; sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153, per l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; sez. VI, n. 512 del 2010, cit. *sub nota* 6, con riferimento all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha tuttavia precisato come il termine di 90 giorni previsto dall'art. 14, comma 2, della l. n. 689 del 1981 per la contestazione dell'illecito, inizia a decorrere solo dal momento in cui è compiuta o si sarebbe dovuta ragionevolmente compiere, anche in ragione della complessità della fattispecie, l'attività amministrativa intesa a verificare l'esistenza dell'infrazione, comprensiva dei suoi elementi oggettivi e soggettivi.

[9] Il sistema sanzionatorio previsto dal d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, c.d. Nuovo Codice della Strada, costituisce un caso paradigmatico di coesistenza di sanzioni accessorie ad illeciti penali e ad illeciti amministrativi, essendo previste condotte punite con sanzioni amministrative pecuniarie ed altre costituenti reato, con riferimento a ciascuna delle quali sono fornite anche importanti indicazioni procedurali per l'organo di polizia stradale chiamato ad intervenire.

[10] Sul punto v. G. Napolitano, *Manuale dell'illecito amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2021, p. 318 ss.; G. Crespaldi - E. Comi, *Le sanzioni amministrative accessorie*, in *La sanzione amministrativa, principi generali*, Torino, 2011.

[11] Costituiscono una generalizzata eccezione le già ricordate violazioni in materia di circolazione stradale, caratterizzate da una sorta di anticipazione immediata degli effetti della sanzione, che talvolta ne esauriscono la portata afflittiva, talaltra necessitano di formalizzazione nell'atto di concreta irrogazione da parte dell'autorità competente.

[12] Si pensi a quanto già detto *sub nota* 7 in ordine agli illeciti conseguiti alla depenalizzazione del T.U.L.P.S. ad opera del d.lgs. 13 luglio 1994, n. 480. In taluni casi peraltro l'inquadramento del provvedimento interdittivo in termini cautelari o sanzionatori è tutt'affatto agevole. Si pensi ancora a quanto previsto dall'art. 666 c.p. con riferimento alle attività di spettacolo senza autorizzazione (originario reato ora depenalizzato dal d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507) per le quali è prevista la cessazione, senza ulteriori esplicitazioni procedurali, sicché se ne può immaginare l'irrogazione anche con ordine verbale ovvero formalizzato nel relativo atto di accertamento. La sua obbligatorietà, per quanto sviluppato nel prosieguo nel testo, finirebbe per impattare anche sul regime delle competenze, laddove lo si inquadri quale sanzione e non quale misura cautelare, come invece ritiene chi scrive.

[13] Sul tema v. fra i tanti M. Allena, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *federalismi*, n. 4/2017..

[14] In materia, da ultimi, in dottrina, S. Lucattini, *Le sanzioni a tutela del territorio*, Torino, 2022 e M.A. SANDULLI, voce *Edilizia*, in *Funzioni amministrative*, volume de "I tematici" dell'Enciclopedia del diritto, Milano, 2022, leggibile anche, in versione più ampia e aggiornata, in *Riv. giur. edil.* 2022.

[15] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2021, n. 7380; *id.*, 3 febbraio 2020, n. 864; in senso contrario, v. Cons. Stato, sez. VI, 20 settembre 2017, n. 4400. Sul tema dell'applicabilità delle misure sanzionatorie in materia edilizia e della buona fede del terzo acquirente o, più in generale, del proprietario non responsabile dell'attività illecita, si richiama l'orientamento giurisprudenziale, che trae spunto dalla sentenza di Corte Costituzionale del 15 luglio 1991, n. 345, sviluppatosi in materia di acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area sulla quale insiste l'opera abusiva nel caso di inottemperanza dell'ordine di demolizione, di cui all'art. 31 del D.P.R. 380/2001. Secondo l'indicata giurisprudenza amministrativa la sanzione acquisitiva al patrimonio dell'ente, a differenza di quella demolitoria volta al ripristino dello stato dei luoghi, non può essere comminata nei confronti del proprietario del fondo incolpevole, perché rimasto del tutto estraneo, dell'abuso edilizio. Da ciò discende la necessità per l'applicazione delle sanzioni amministrative privative della proprietà del bene, che non si palesino meramente ripristinatorie rispetto all'abuso perpetrato, di un elemento soggettivo almeno di carattere colposo da parte del soggetto proprietario che subisce la sanzione.

[16] Sul tema dell'applicabilità delle misure sanzionatorie in materia edilizia e della buona fede del terzo acquirente o, più in generale, del proprietario non responsabile dell'attività illecita, si richiama l'orientamento giurisprudenziale, che trae spunto dalla sentenza di Corte costituzionale del 15 luglio 1991, n. 345, sviluppatosi in materia di acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area sulla quale insiste l'opera abusiva nel caso di inottemperanza dell'ordine di demolizione, di cui all'art. 31 del d.P.R. n.380/2001. Secondo l'indicata giurisprudenza amministrativa la sanzione acquisitiva al patrimonio dell'ente, a differenza di quella demolitoria volta al ripristino dello stato dei luoghi, non può essere comminata nei confronti del proprietario del fondo incolpevole, perché rimasto del tutto estraneo, dell'abuso edilizio. Da ciò discende la necessità per l'applicazione delle sanzioni amministrative privative della proprietà del bene che non si palesino meramente ripristinatorie rispetto all'abuso perpetrato, di un elemento soggettivo almeno di carattere colposo da parte del soggetto proprietario che subisce la sanzione.

[17] Sulla distinzione tra revoca in senso proprio e le altre figure così impropriamente qualificate nella prassi delle amministrazioni pubbliche e negli stessi testi legislativi, che in realtà hanno carattere sanzionatorio o decadenziale, appunto, in quanto trovano la loro fonte nella disciplina propria del rapporto o comunque connessa al rilascio del titolo (norma di legge, o regolamento, capitolato, convenzione, disciplinare, ecc.), v. V. Domenichelli, La revoca del provvedimento, in Codice dell'azione amministrativa a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, con aggiornamento di M. Sinisi, in particolare p. 1062.

[18] A ben vedere la sistematizzazione della complessa materia della decadenza da parte dell'Adunanza plenaria risente forse dell'eccesso di sintesi con la quale si intende delimitare quella di specifico interesse, sicché non è da condividere il richiamo all'evenienza di una decadenza quale provvedimento di secondo livello con efficacia *ex tunc*, anziché *ex nunc*, come tipico della stessa. Per la distinzione tra tale ulteriore revoca in senso atecnico, meglio definita quale rimozione o caducazione, che tende a rimuovere con effetto *ex tunc* un atto inopportuno *ab origine* e abrogazione, con effetto *ex nunc*, avuto riguardo ai provvedimenti ad efficacia durevole, v. A.M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, Napoli, 1984, p. 702 ss.; Benvenuti F., Appunti di diritto amministrativo, Padova, 1987, p. 157.

[19] L'esatto inquadramento delle misure adottate dall'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente – ARERA e della disciplina ad esse applicabile è tutt'affatto che semplice e ne è riprova il recente – e condivisibile – *revirement* giurisprudenziale in materia di perentorietà dei termini del relativo procedimento “sanzionatorio”. Se in linea generale, infatti, il carattere della perentorietà può essere riconosciuto a una scadenza temporale solo da un'espressa norma di legge, sicché, in assenza di una specifica disposizione che lo preveda come perentorio, il termine va inteso come sollecitatorio o ordinatorio e il suo superamento non determina l'illegittimità dell'atto, tuttavia la particolarità del procedimento sanzionatorio rispetto al paradigma del procedimento amministrativo conduce a diverse conseguenze, attesa la stretta correlazione sussistente tra il rispetto di quel termine e l'effettività del diritto di difesa, avente protezione costituzionale (nel combinato disposto degli articoli 24 e 97 Cost.). Difatti, nei procedimenti sanzionatori consentire l'adozione del provvedimento finale entro il lungo termine prescrizione (cinque anni, *ex art.* 28 della l. n. 689 del 1981), anziché nel rispetto del termine specificamente fissato per la sua adozione, equivarrebbe a esporre l'incolpato a un potere sanzionatorio di fronte al cui tardivo esercizio potrebbe essergli difficoltoso approntare in concreto adeguati strumenti di difesa. L'esercizio di una potestà sanzionatoria, di qualsivoglia natura, non può dunque restare esposta *sine die* all'inerzia dell'autorità preposta al procedimento, per elementari esigenze di sicurezza giuridica e di prevedibilità in tempi ragionevoli delle conseguenze dei propri comportamenti (Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2021, n. 584; *id.*, 17 marzo 2021, nn. 2307, 2308 e 2309, che hanno esteso i principi già affermati con riferimento ad altre Autorità - Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199; *id.*, 6 agosto 2013, n. 4113; 29 gennaio 2013, n. 542, con riferimento alla Banca d'Italia; sez. VI, 4 aprile 2019, n. 2289, per l'ANAC; sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153, per l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni).

[20] Sui poteri di controllo del GSE cfr. da ultimo lo studio critico di A. Coiante, *I poteri del GSE nell'ambito dell'erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile*, in *Federalismi*, n. 17/2022 e ivi ampi richiami di e di giurisprudenza.

[21] Vero è che nel caso di specie il legislatore finisce per attribuire rilievo all'inerzia protratta nel tempo dell'operatore economico, sì da attribuirle il significato di rinuncia implicita al titolo, al pari di quanto avviene, *mutatis mutandis*, in caso di mancato avvio dei lavori entro il termine normativamente dato dal rilascio del permesso di costruire. La stretta connessione, tuttavia, esistente fra titolarità della concessione di suolo pubblico e legittimazione all'esercizio della vendita fa sì che a tale

decadenza/rinuncia consegua automaticamente la revoca/sanzione dell'autorizzazione, astrattamente riferibile, peraltro, anche ad altri posteggi ovvero all'esercizio dell'attività in forma itinerante.

[22] Ma non necessariamente: si pensi all'occupazione temporanea per l'effettuazione di un trasloco, o per l'installazione di un ponteggio funzionale all'effettuazione di lavori edili sull'immobile prospiciente.

[23] Cfr. Cass., SS.UU., 11 febbraio 2011, n. 3811 e 3813. Partendo dal richiamato assunto che supera ampiamente la tradizionale sistematica codicistica, i giudici di legittimità reinterpretano il concetto di demanialità e auspicano politiche amministrative di tipo orizzontale che coinvolgano i cittadini nella gestione dei beni funzionali al soddisfacimento degli interessi della collettività. A monte, sotto il profilo testuale, l'art. 822 c.c. ricomprende nel cosiddetto demanio marittimo il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti ma nulla dice delle lagune, ossia gli specchi d'acqua in immediata vicinanza al mare, la cui natura demaniale è stata riconosciuta ogni qual volta vi sia la libera comunicazione con esso. Per un approfondimento sulla tematica si veda G.P. Cirillo, *Il diritto di accesso al mare*, in www.giustizia.amministrativa.it.

[24] Cfr. art. 190 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, Codice dei contratti pubblici, che ha assorbito, in particolare dopo il così detto "correttivo", d.lg. 19 aprile 2017, n. 56, la disposizione già contenuta nell'art. 24 del d.l. 12 settembre 2014, n.133, cosiddetto 'sblocca Italia', convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014, n. 164. Al riguardo v. A. Manzoni, "Dal baratto amministrativo al partenariato sociale e oltre nel solco della atipicità", in AA.VV., *La co-città*, a cura di P. Chirulli e C. Iaione, Iovene ed., 2018.

[25] Per quanto, infatti, talvolta si utilizzi in maniera impropria il riferimento all'autorizzazione, correttamente la legislazione nazionale, anche tributaria, riconduce il relativo titolo a siffatta dizione, con quanto ne consegue in relazione all'applicabilità dei medesimi principi elaborati con riferimento alle concessioni demaniali marittime in applicazione della c.d. Direttiva Bolkestein.

[26] Sulla materia è ormai nota la ricostruzione dei principi comunitari, seppure con specifico riferimento al tema delle concessioni demaniali marittime, contenuta nelle sentenze della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 9 novembre 2021, n. 17 e 18, cui ha fatto seguito un corposo dibattito dottrinario (v. *ex multis* i contributi di M.A. Sandulli, F. Ferraro, G. Morbidelli, M. Gola, R. Dipace, M. Calabrò, E. Lamarque, R. Rolli - D. Sammarro, E. Zampetti, G. Iacovone, M. Ragusa, P. Otranto, B. Caravita di Toritto - G. Carlomagno. In *Diritto e Società*, n. 3 del 2021 dedicato a *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria. Per una valorizzazione della tutela storico-identitaria delle attività economiche ospitate nei relativi locali della Galleria Vittorio Emanuele di Milano, v. ex multis Cons. Stato sez. V. 3 novembre 2021, n. 7340, nonché, nella stessa direzione, 3 settembre 2018, n. 5157, secondo cui «il principio della concorrenza deve recedere a fronte dell'interesse imperativo generale della tutela delle attività storiche e di tradizione che occupano immobili di proprietà pubblica, le quali contribuiscono a salvaguardare ed a conservare il patrimonio storico e artistico delle città».* In tali circostanze si è ritenuto altresì legittimo il criterio oggettivo scelto dal Comune per la determinazione del canone, non determinato a seguito di una procedura concorsuale, ove l'offerente più forte avrebbe prevalso, ma «necessaria secondo le risultanze di una dinamica di mercato di cui non può non tenersi conto, anche nell'ottica di valorizzazione virtuosa dei beni pubblici, il rendimento dei quali contribuisce ad incrementare il bilancio dell'amministrazione». In tali fattispecie il Comune ha dunque garantito agli esercenti le attività storiche il rinnovo senza gara delle loro concessioni demaniali, applicando un canone più che equo e nettamente inferiore rispetto a quello che si sarebbe determinato in seguito ad una procedura concorsuale.

[27] Parere AS1721 del 15 febbraio 2021 dell'AGCOM, che opera anche un'accurata ricostruzione della normativa di settore, connotata, al pari di quanto avvenuto per le concessioni demaniali marittime, da un regime di reiterata proroga basato sull'assunto che la materia fosse estranea all'ambito di applicabilità della direttiva servizi. In particolare ha ricordato come con l'articolo 1, comma 686, della legge n. 145/2018 (c.d. legge di bilancio 2019) è stato modificato il d.lgs. n. 59 del 2010, di recepimento della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi o Bolkestein), sottraendo espressamente l'intero settore del commercio al dettaglio su aree pubbliche dall'applicazione della stessa (artt. 7, lett. f-bis, e 16, comma 4-bis, del d.lgs. n. 59/2010, che escludono l'applicazione delle disposizioni normative che imponevano di individuare i prestatori all'esito di una procedura selettiva, secondo criteri trasparenti e non discriminatori, stabilendo una durata dei titoli autorizzatori limitata e non soggetta a rinnovo automatico). Il d.l. n. 34/2020 (c.d. decreto Rilancio), convertito in legge n. 77/2020, ha poi prorogato al 2032 le concessioni di posteggio per il commercio su aree pubbliche in scadenza (articolo 181, comma 4-bis), nonché previsto che eventuali posteggi liberi, vacanti o di nuova istituzione andassero assegnati «in via prioritaria e in deroga a qualsiasi criterio» agli aventi titolo, senza l'espletamento di alcuna procedura ad evidenza pubblica (articolo 181, comma 4-ter). Tali previsioni hanno poi trovato ulteriore conferma nei punti 6, 7 e 9 dell'Allegato A al Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 25 novembre 2020, recante le previste Linee Guida.

[28] Dell'intera materia si occupa l'art. 2 del d.d.l. concorrenza 2021, AS 2469.

[29] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 18 gennaio 2022, n. 530, ove peraltro si mutua anche il regime transitorio ideato dall'Adunanza plenaria, in quanto «consapevole del notevole impatto (anche sociale ed economico) che tale immediata non applicazione può comportare, specie in un contesto caratterizzato da un regime di proroga che è frutto di interventi normativi stratificatisi nel corso degli anni». Il giudice di prime cure ha dunque affermato che «Alla stessa stregua, il Collegio ritiene di dover modulare gli effetti di questa

pronuncia di rigetto, precisando che le concessioni cui si riferiscono i provvedimenti impugnati mantengono efficacia fino al 31 dicembre 2023, previo accertamento degli ulteriori presupposti richiesti dalla normativa vigente, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E. e fermo restando che, nelle more, l'amministrazione ha il potere/dovere di avviare le procedure finalizzate all'assegnazione delle concessioni nel rispetto dei principi della normativa vigente, come delineati dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 17 e n. 18 del 2021». In pari data vedi anche nn. 537 e 539. Cfr. altresì nella stessa direzione T.A.R. Sardegna, sez. II, 28 dicembre 2021, n. 865. Per tutte e quattro le sentenze è pendente appello.

[30] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2016, n. 1926.

[31] Cfr. Cass. Ord. Sez. 5 n. 2552 del 2018; Cass. Ord. SS.UU. n. 24967 del 2017; *id.* n. 61 e n. 11134 del 2016; *id.* n. 21950 del 2015; Corte Costituzionale n. 64/2008.

[32] V. Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 336.

[33] L'ordinanza richiama anche la assai più risalente Cass., n. 134 del 2001, che ha escluso la giurisdizione del giudice amministrativo in ragione del paradigma normativo applicabile, ovvero l'art. 22 della l.r. Emilia Romagna n. 17 del 1991, nonché n. 14633 del 2011, ove è precisato che in caso di sanzione alternativa o autonoma rispetto a quella pecuniaria è rilevante, ai fini della qualificazione della natura e funzione della sanzione, verificare se essa sia «*il mezzo prioritario per attuare la legge violata*».

[34] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 25 marzo 2021, n. 3699; *id.*, 22 dicembre 2020, n. 13868; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 12 ottobre 2020, n. 2559.

[35] La disposizione opera un non del tutto chiaro distinguo tra le esigenze di “ordine pubblico”, che necessitano l'intervento dell'apposita Autorità preposta alla relativa tutela e quelle di “sicurezza pubblica”, che invece consente sempre al Prefetto di intervenire. Il concetto di ordine pubblico scompare peraltro con il d.l. n. 14 del 2017, (che viene richiamato solo nell'art. 11, ma limitatamente al settore delle occupazioni arbitrarie di immobili) a favore della diversa nozione di sicurezza pubblica, sub specie di sicurezza urbana. In passato la Corte costituzionale aveva più volte precisato come la sicurezza pubblica si riferisce all'integrità fisica e all'incolumità delle persone e si sostanzia in un concetto differente rispetto a quello più ampio di ordine pubblico, richiamato nell'art. 2 Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza (la sicurezza pubblica si riferisce all'integrità fisica e all'incolumità delle persone e si sostanzia in un concetto differente rispetto a quello più ampio di ordine pubblico, richiamato nell'art. 2 Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza).

[36] Ragioni di sintesi inducono a non approfondire oltre la tematica del rapporto tra le due fattispecie, che la giurisprudenza penale ha talvolta ritenuto sussistere in concorso tra di loro, essendo diversa l'obiettività giuridica delle due norme, la prima in quanto posta a tutela del patrimonio, l'altra della sicurezza della circolazione stradale.

[37] Per la ricostruzione della genesi e dei contenuti all'attualità della dizione di sicurezza urbana si veda A. Manzione, Potere di ordinanza e sicurezza urbana, in Fedarlismi.it, 13 settembre 2017, n. 17.

[38] La possibilità di applicare l'ordine di allontanamento alle aree destinate a fiere, mercati o pubblici spettacoli è stata inserita con il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132. Per completezza va ricordato che l'ordine di allontanamento è previsto anche, senza necessità di apposita previsione regolamentare:

· quando lo stazionamento avviene nelle aree interne delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze;

· in “aggiunta” alle sanzioni previste per le fattispecie di cui agli artt. 688 c.p. (Ubriachezza), 726 c.p. (Atti contrari alla pubblica decenza. Turpiloquio), 29 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (Violazioni in materia di commercio su aree pubbliche), 7, comma 15-*bis*, del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (parcheggiatore o guardiamacchine abusivo), 1-*sexies* del d.l. 24 febbraio 2003, n. 28, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2003, n. 88 (c.d. “bagarinaggio”).

[39] Con il risultato che l'ordine di allontanamento “accede” a tutte le ulteriori fattispecie di illecito esplicitamente menzionate, ovvero a generici comportamenti impeditivi della fruizione collettiva del suolo, quale tipicamente la sua occupazione nei luoghi individuati a livello regolamentare, ove potrebbe addirittura trovare spazio una procedimentalizzazione operativa della relativa applicazione.

[40] La disposizione si completa con la riconosciuta possibilità di “riesame” ex art. 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990 delle autorizzazioni e delle concessioni di suolo pubblico non ritenute più compatibili con le esigenze di tutela fatte proprie dalla norma, anche in deroga alla disciplina regionale.

[41] Diversa è la questione con riferimento al c.d. DASPO urbano, ovvero il divieto di accesso indirizzato ad una singola persona in alcune zone su ordine del Questore. Esso viene definito come fattispecie a formazione progressiva, nel senso che l'ordine man mano che passa il tempo assume caratteristiche diverse. Dopo una prima fase necessaria in cui il contravventore è raggiunto dal provvedimento di allontanamento dell'organo accertatore e dalla sanzione amministrativa irrogata dal sindaco, si apre una fase eventuale, con finalità preventiva e non punitiva, in cui il Questore, in presenza di determinati presupposti può confermare il divieto di ingresso in una zona urbana estendendolo fino a 2 anni. Si tratta di un provvedimento collegato strumentalmente con quello dell'organo accertatore ma autonomamente impugnabile perché autonoma è la sua natura.

[42] Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2892.

[43] Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2017, n. 2198.

[44] L'art. 8 della l. n. 689 del 1981, tuttavia, pare limitarlo ai soli casi di sanzioni amministrative pecuniarie, almeno secondo la lettura restrittiva dell'intero sistema dell'illecito amministrativo di cui ampiamente nel testo.

[45] V. A. Procaccino, Ne bis in idem: un principio in evoluzione- Assestamenti e osmosi nazionali sul bis in idem in Giur. It., 2019, 6, 1957; D.Cimadomo, Ne bis in idem: un principio in evoluzione-Illecito amministrativo e reato: un'apparente ipotesi di bis in idem, in Giur. It., 2019, 6, 1457; B. Lavarini, Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem; la crisi del “doppio binario”, in Dir. Pen. E Processo, 2014, 12, Supplemento, 82 (commento alla normativa).

[46] Cass., sez. III penale, 20 gennaio 2022, n. 2245.

[47] Per un'interessante ricostruzione della disciplina vigente con riferimento alle strutture *lato sensu* denominate *dehors* utilizzate per lo più per la somministrazione di alimenti e bevande all'aperto, v. Cons. Stato, sez. VI, 4 gennaio 2022, n. 32, relativo alle c.d. “pergotende”. L'art. 6 del d.P.R. n. 380/2001 elenca una serie di opere eseguibili senza alcun titolo abilitativo, fatte salve le prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali: tale elencazione, consentendo la realizzazione di interventi edilizi che non comportano/consentono alcun tipo di controllo da parte dell'autorità pubblica, deve ritenersi in sé tassativo, ferma restando l'eventuale elasticità delle definizioni utilizzate, che può richiedere un'opera interpretativa del giudicante. In particolare va ricordata la definizione di opera stagionale (lett. *e-bis*), che presuppone un tempo di installazione correlato all'utilizzo e comunque non superiore a 180 giorni, incluso montaggio e smontaggio; lett. *e-ter*), consistenti in opere di pavimentazione e di finitura di spazi esterni, che non può mai ricomprendere le strutture soprastanti una pedana, i cui elementi portanti sono costituiti da pilastri, travi e tetto; lett. *e-quinquies*), ovvero “*area ludica senza fini di lucro*” o “*elemento di arredo*” di area pertinenziale all'edificio, cui non è mai riconducibile un'area destinata ad ospitare la clientela dell'esercizio, perciò destinata ad un fine non ludico né di mero arredo, ma invece di lucro. Quanto sopra trova conferma nelle previsioni del D.M. 2 marzo 2018, pubblicato nella G.U. 7 aprile 2018 n.81, di “*Approvazione del glossario contenente l'elenco non esaustivo delle principali opere edilizie realizzabili in regime di attività edilizia libera*”, ai sensi dell'articolo 1, comma 2 del citato d. lgs. 222/2016, il quale individua tra le principali opere di edilizia libera, riconducibili all'art. 6, comma 1, lett. *e-quinquies*), singoli arredi (quali barbecue, fioriere, fontane, muretti, panche), giochi per bambini, pergolati di limitate dimensioni, ricoveri per animali domestici e da cortile, ripostigli per attrezzi, sbarre d'accesso, separatori, stalli per biciclette, elementi divisorii e “*tende, tende a pergola, pergotende, coperture leggere di arredo*”; e tra le opere riconducibili all'art. 6, comma 1, lett. *e-bis*), i *gazebo*, gli *stand* fieristici, i servizi igienici mobili, elementi di esposizione vari, aree di parcheggio, tensostrutture, pressostrutture e assimilabili. La norma va integrata con le previsioni dell'art. 3, comma 5, che definisce gli interventi di nuova costruzione, dai quali sono stralciati quelli volti ad edificare manufatti “*diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee*”, nonché “*tende*” e “*unita' abitative mobili con meccanismi di rotazione in funzione, e loro pertinenze e accessori, che siano collocate, anche in via continuativa, in strutture ricettive all'aperto per la sosta e il soggiorno dei turisti previamente autorizzate sotto il profilo urbanistico, edilizio e, ove previsto, paesaggistico, che non posseggano alcun collegamento di natura permanente al terreno e presentino le caratteristiche dimensionali e tecnico-costruttive previste dalle normative regionali di settore ove esistenti*”.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2460 – 15 settembre 2022

Acquisizione sanante e ammissibilità della rinuncia abdicativa: diversità di vedute fra giudice amministrativo e ordinario (nota a Cass. Civ., Sez. I, 6 giugno 2022, nn. 18142, 18143, 18167, 18168)

di Francesco Martines

Sommario: 1. La rinuncia abdicativa e l'evoluzione della giurisprudenza del giudice ordinario. – 2. L'orientamento del giudice amministrativo. – 3. L'ultima parola (?) dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. – 4. Le sentenze gemelle della Corte di Cassazione, Sez. I, del 6 giugno 2022 (nn. 18142, 18143, 18167, 18168). – 5. Riflessioni conclusive.

1. La rinuncia abdicativa e l'evoluzione della giurisprudenza del giudice ordinario.

Una delle questioni più problematiche che ha riguardato l'applicazione dell'istituto dell'acquisizione sanante concerne la ammissibilità della c.d. rinuncia abdicativa del diritto di proprietà insita nella richiesta risarcitoria del proprietario^[1]. La rinuncia abdicativa può configurarsi nell'ambito delle procedure ablatorie caratterizzate da un esito patologico. In particolare, non potendosi più far discendere alcun effetto traslativo alla mera occupazione *sine titulo* con irreversibile trasformazione del bene, occorre – per garantire il rispetto del principio di legalità – che l'amministrazione proceda all'adozione di un provvedimento acquisitivo *ex art. 42 bis* del Testo Unico Espropriazioni (T.U.E.).

Già quando si riteneva che dall'irreversibile trasformazione del bene potesse derivare un effetto estintivo-traslativo della proprietà (accessione invertita), alcune pronunce del giudice ordinario avevano ipotizzato la rinuncia abdicativa come possibile rimedio alla situazione patologica venutasi a creare a causa dell'occupazione *sine titulo* da parte dell'amministrazione.

La fattispecie occupatoria in relazione alla quale è stata configurata la possibilità di collegare un effetto abdicatorio alla proposizione da parte del proprietario dell'azione di risarcimento per equivalente era la c.d. occupazione usurpativa per la quale – diversamente dai casi di occupazione acquisitiva – permaneva il diritto del proprietario ad ottenere la tutela restitutoria[2].

Con sentenza 10 giugno 1988 n. 3940, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, muovendo dal presupposto che l'effetto acquisitivo/traslativo poteva prodursi soltanto in presenza di una dichiarazione di pubblica utilità, escludevano in radice la possibilità di applicare l'istituto della rinuncia abdicativa del proprietario[3] nei casi di occupazione acquisitiva.

La pronuncia delle Sezioni Unite n. 3940/1988 merita particolare attenzione poiché, per la prima volta, la Suprema Corte – pur approdando a conclusioni confermatrice e coerenti con la sentenza n. 1464/1983 – vi giunge adoperando nozioni e norme proprie del diritto pubblico. Il riferimento alle disposizioni civilistiche in materia di accessione viene così sostituito dal richiamo di nozioni quali l'espropriazione sostanziale e la disciplina della proprietà pubblica. Questa scelta offre una ricostruzione maggiormente coerente con l'inquadramento dottrinale che valorizza i profili dell'ablazione delle facoltà dominicali in nome dell'interesse pubblico[4].

Con sentenza 4 marzo 1997 n. 1907[5], le Sezioni Unite della Cassazione tornano sul tema e recuperano l'orientamento favorevole all'istituto della rinuncia abdicativa, formulando però alcune importanti precisazioni. Delineata la nota distinzione fra occupazione acquisitiva e occupazione usurpativa, infatti, le Sezioni Unite chiariscono che – qualora manchi la dichiarazione di pubblica utilità – non possa escludersi la possibilità per il proprietario di avvalersi di un'azione di risarcimento del danno per perdita definitiva del bene, ponendo in essere *“un meccanismo abdicatorio che non manca di riscontri nel nostro ordinamento positivo (artt. 1070, 1104, 550 c.c.)”*. La Corte di Cassazione ribadisce, dunque, la tesi che il proprietario che agisce per il risarcimento del danno esprime una volontà del tutto incompatibile con quella di mantenere la proprietà del bene stesso[6].

Nel 2003 le Sezioni Unite affrontano, seppur incidentalmente, la questione ancora una volta e confermano espressamente l'orientamento secondo il quale – nelle ipotesi di occupazione usurpativa – *“non si produce l'effetto acquisitivo a favore della pubblica amministrazione; il proprietario può chiedere la restituzione del fondo occupato e, se a tanto non ha interesse (e quindi vi rinunzi, anche per implicito), può avanzare domanda di risarcimento del danno, che deve essere liquidato in misura integrale”* (Cass. Civ. 6 maggio 2003 n. 6853).

2. L'orientamento del giudice amministrativo.

Espunta dall'ordinamento l'occupazione acquisitiva (con l'introduzione dell'art. 43 e poi 42 bis del Testo Unico Espropriazioni) e assegnata al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva in materia di espropriazione, la questione dell'ammissibilità della rinuncia abdicativa è stata affrontata anche dal giudice amministrativo.

In contrasto con l'ormai pacifico orientamento del giudice ordinario, la giurisprudenza amministrativa ha sollevato diverse obiezioni alla possibilità di collegare l'estinzione del diritto di proprietà del privato alla sua unilaterale volontà di abdicare al proprio diritto.

Secondo il giudice amministrativo, la soluzione della rinuncia abdicativa si poneva in contrasto con l'esigenza di tutela della proprietà e con i principi di matrice civilistica[7].

Inoltre, la configurazione dell'azione risarcitoria quale negozio unilaterale con effetto abdicativo non renderebbe ragione, per la stessa natura di atto unilaterale del negozio, dell'ulteriore effetto che dovrebbe conseguire dalla rinuncia della proprietà, ossia l'acquisto della proprietà in capo alla pubblica amministrazione occupante.

Il giudice amministrativo ha così allargato l'ambito d'esame della questione al profilo dell'effetto (abdicativo o traslativo) della rinuncia.

Invero, a ben vedere, l'effetto traslativo andrebbe ricollegato al titolo giudiziale, ossia alla sentenza di accoglimento della domanda di condanna al risarcimento del danno per equivalente. Di tale effetto traslativo riconducibile al titolo giudiziale, tuttavia, non vi è traccia nel sistema, se non con riferimento all'ipotesi della sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. (nel caso di inadempimento dell'obbligo a contrarre) .

Infine, il riconoscimento di un effetto traslativo dovrebbe comportare l'applicazione dei principi dell'acquisto a titolo derivativo, con la conseguenza che l'ente pubblico acquisterebbe il bene gravato da diritti o garanzie reali[8].

Tale prospettazione è apparsa in contrasto poi con il principio di tipicità dei modi di acquisto della proprietà di cui all'art. 922 cod. civ. e con il tenore dell'art. 43 (prima) e dell'art. 42 *bis* T.U.E. (poi) che fanno discendere l'acquisizione da un provvedimento discrezionale dell'amministrazione[9].

Alcune sentenze hanno sostenuto la radicale impossibilità di rinuncia al diritto di proprietà sul presupposto che *“il bene immobile privato diventerebbe, per effetto di una siffatta abdicazione, una res nullius, teoricamente acquisibile in proprietà per semplice occupazione o invenzione. Il codice civile, però, ammette l'occupazione e l'invenzione, quali mezzi di acquisto della proprietà a titolo originario, solo per i beni mobili. È quindi evidente che il legislatore ha concepito un sistema tendente ad evitare che possano esistere beni immobili privi di proprietario a seguito di rinuncia abdicativa”*[10].

La chiusura del giudice amministrativo verso l'ipotesi della rinuncia abdicativa poggia anche su una rigorosa interpretazione dell'art. 1350 cod. civ., relativo agli atti necessitanti della forma scritta *ad substantiam*, e che, nella misura in cui non indica espressamente la rinuncia abdicativa al diritto di proprietà sui beni immobili, andrebbe inteso come conferma dell'estraneità di tale facoltà al nostro ordinamento giuridico. Seguendo tale orientamento, il n. 5 dell'art. 1350 cod. civ. (relativo agli *“atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri precedenti?”*) sarebbe riferito ai diritti derivanti dai contratti che hanno ad oggetto il trasferimento della proprietà immobiliare (*“la quale rinuncia è cosa ben diversa da quella abdicativa poiché non lascia il bene vacante”*)[11].

In senso difforme, in altra pronuncia il giudice amministrativo (C.G.A.R.S., 25 maggio 2009 n. 486) ha osservato che gli artt. 1350 n. 5 e 2643 n. 5 cod. civ. (relativo quest'ultimo agli atti

soggetti a trascrizione), nel menzionare espressamente “*gli atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri precedenti*”, farebbero riferimento anche al diritto di proprietà immobiliare^[12].

Orbene, deve osservarsi che in tutte le ipotesi previste dalle richiamate disposizioni del codice civile la rinuncia è espressamente prevista a favore di uno specifico soggetto e il bene non acquista la qualità di *res nullius*. Diversamente, nelle ipotesi di occupazione *sine titulo* non è chiaro quale destino abbia il diritto di proprietà abdicato dal privato: se, astrattamente, potrebbe ritenersi che esso si trasferisca direttamente in capo all'amministrazione occupante (eventualmente mediante una semplice dichiarazione di accettazione)^[13] resta il fatto che, in base alle disposizioni esaminate, esso dovrebbe farsi confluire nel patrimonio dello Stato (secondo il regime dei beni immobili vacanti) o al più diventare una *res nullius*^[14].

Vi è poi un altro profilo che desta qualche perplessità.

Come evidenziato nelle pronunce che hanno negato la rinunciabilità del diritto di proprietà in caso di occupazione *sine titulo*, non può darsi luogo a risarcimenti connessi alla perdita della proprietà, trattandosi di un evento inesistente^[15].

Altra giurisprudenza ha, invece, accolto la domanda risarcitoria ai sensi, prima, dell'art. 35, co. 2, D. Lgs. n. 80/1998, e poi dell'art. 34, co. 4, c.p.a., affermando la necessità di prevedere un “*passaggio intermedio, logicamente precedente il momento risarcitorio, consistente nell'assegnazione di un termine all'amministrazione perché definisca (in via negoziale o autoritativa, ex art. 43 citato) la sorte della titolarità del bene illecitamente appreso*” e applicando in modo peculiare la norma che pone in capo al giudice amministrativo l'onere di accertare l'an della pretesa pecuniaria e consente di rinviare ad un accordo delle parti la liquidazione del *quantum* sulla base di criteri fissati dal giudice^[16].

Alla posizione di chiusura del giudice amministrativo hanno reagito le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con sentenza n. 735/2015, seppure incidentalmente, hanno confermato la possibilità di una “*scelta abdicativa*” del *dominus* precisando che si tratterebbe di una rinuncia “*abdicativa*” e non “*traslativa*” con la conseguenza che da essa non può farsi discendere l'automatico acquisto della proprietà da parte dell'amministrazione utilizzatrice del bene^[17].

Secondo la Cassazione sussistono sufficienti elementi per individuare nella proposizione dell'azione risarcitoria per equivalente un comportamento inequivocabilmente incompatibile con il mantenimento del diritto di proprietà. Le Sezioni Unite riconoscono al privato la possibilità di domandare il risarcimento del danno per equivalente (con implicita rinuncia al diritto di proprietà) assumendo che il danno patito consiste non tanto nella perdita della proprietà quanto piuttosto nella perdita delle utilità ricavabili dal bene. Di qui l'implicita rinuncia al diritto di proprietà per mancanza di interesse al mantenimento della *res*.

L'orientamento della Cassazione favorevole all'ammissibilità dell'istituto si fonda su una ricostruzione sistematica dell'impianto civilistico sulla base di disposizioni codicistiche (artt. 827, 2643 n. 5, 118 comma 2 cod. civ.) dalle quali le Sezioni Unite traggono il principio della generale rinunciabilità della proprietà immobiliare. In aggiunta a tale argomento sistematico-letterale, le Sezioni Unite evidenziano un argomento teologico-funzionale nel senso che una rinuncia implicita al diritto di proprietà in seno ad una domanda di risarcimento del danno

per equivalente permette di valorizzare il principio della concentrazione delle tutele di cui all'art. 111 Cost[18].

3. L'ultima parola (?) dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

In tempi più recenti, sull'applicabilità della rinuncia abdicativa alle vicende dell'occupazione *sine titulo* è intervenuta l'Adunanza Plenaria con l'intenzione di porre fine ai contrasti interpretativi.

Con sentenza 9 febbraio 2016 n. 2, sebbene in via incidentale, l'Adunanza Plenaria ritiene ammissibile la rinuncia abdicativa del dominus implicitamente contenuta nella richiesta di risarcimento dei danni per equivalente.

Questa soluzione comporta che la rinuncia possa avere effetto meramente abdicativo e non anche traslativo; il che significa che l'effetto traslativo sia collegato all'atto di liquidazione del danno adottato dall'amministrazione occupante convenuta in giudizio[19]. Da un lato, dunque, si avrà il negozio unilaterale di rinuncia del privato, dall'altra l'atto di liquidazione dell'amministrazione, da trasciversi ai sensi dell'art. 2643, comma primo, n. 5 cod. civ. Come è stato osservato, l'abdicazione insita nella domanda risarcitoria di un privato, non essendo propriamente traslativa del diritto di proprietà, diventa atto risolutivamente condizionato al pagamento, da parte della pubblica amministrazione, del risarcimento del danno[20].

Sorgono, tuttavia, alcune perplessità.

È possibile riconoscere effetto di rinuncia abdicativa implicita, oltre che alla domanda giudiziale di risarcimento per equivalente, anche ad altri atti "inequivocabili" del privato, (quale per esempio la nota di diffida e messa in mora inviata alla pubblica amministrazione occupante per ottenere il pagamento del risarcimento del danno)?

E ancora: la quantificazione del danno prospettata dal privato nell'atto introduttivo del giudizio risarcitorio è vincolante per la pubblica amministrazione (che deve adottare l'atto di liquidazione e curarne la trascrizione) oppure essa può liquidare una somma di diverso valore?

La giurisprudenza favorevole all'ammissibilità dello strumento della rinuncia abdicativa, invero, sembra piuttosto rigorosa e riconnette l'effetto abdicativo alla sola domanda giudiziale (e non anche ad altri atti del privato) così come non sembra lasci margine alla pubblica amministrazione per procedere ad una liquidazione che si discosti da quella indicata dal privato.

È altresì vero, però, che – astrattamente ed in linea teorica – una volta ammessa la rinunciabilità implicita da parte del proprietario del bene occupato non pare possano affermarsi ostacoli ad un possibile ampliamento dell'ambito di applicazione dell'istituto della rinuncia abdicativa. Sono soltanto ragioni di opportunità che inducono a scoraggiare tali interpretazioni estensive, di per sé insufficienti a escluderle del tutto.

Quando sembrava ormai essersi assestata la posizione della giurisprudenza in ordine al tema della rinuncia abdicativa (nel senso della sua assimilabilità), com'è noto, nel 2020 l'Adunanza Plenaria è tornata ad occuparsi dell'argomento con tre pronunce coeve, molto interessanti, con le quali viene affermata in maniera netta la non ammissibilità della rinuncia abdicativa alla proprietà implicitamente contenuta nella domanda giudiziale proposta dal soggetto privato per ottenere il risarcimento per equivalente (sentenze n. 2, 3, 4 del 20 gennaio 2020) [21].

Le sentenze nn. 2 e 3 sono gemelle

L'Adunanza Plenaria muove dall'esame dell'orientamento giurisprudenziale favorevole all'ammissibilità della rinuncia, soffermandosi sui vantaggi che, sul piano pratico, esso comporta per il privato espropriato (concentrazione delle tutele; ragionevole durata del processo; corresponsione del *quantum* a titolo di risarcimento del danno e non a titolo di indennizzo).

Nonostante tali elementi di *favor* per il privato espropriato, l'Adunanza Plenaria rigetta l'ipotesi ricostruttiva della rinuncia abdicativa in quanto si espone a tre fondamentali obiezioni.

In primo luogo, quand'anche voglia riconoscersi che l'atto abdicativo sia astrattamente idoneo a determinare la perdita della proprietà privata, non è possibile affermare che esso determini l'acquisto della proprietà in capo all'autorità espropriante. In tale prospettiva, appare fuorviante il richiamo all'art. 827 cod. civ. – assunto come base legale della dichiarazione di rinuncia del proprietario di un diritto reale immobiliare – al di fuori dei casi previsti dalla legge poiché la norma prevede che gli immobili vacanti siano acquistati (a titolo originario) al patrimonio indisponibile dello Stato. Ne consegue che, applicando la disposizione al caso dell'occupazione *sine titulo*, la rinuncia non consentirebbe l'acquisto in capo all'ente espropriante.

La Plenaria precisa, altresì, che non possa riconoscersi effetto traslativo alla trascrizione della sentenza di condanna al risarcimento del danno giacché si tratta di un adempimento rilevante soltanto ai fini dell'opponibilità verso i terzi. Per la medesima ragione ai fini traslativi non può assumere rilievo la trascrizione dell'atto di liquidazione del risarcimento del danno.

La posizione assunta dal collegio giudicante è molto rigorosa e, per vero, non del tutto condivisibile soprattutto per gli effetti compressivi che comporta sulla posizione del proprietario del bene occupato [22].

L'Adunanza Plenaria osserva inoltre che sarebbe fuorviante il richiamo alla teorica degli atti impliciti che può riguardare solo gli atti amministrativi e non gli atti del privato. In ogni caso, non è possibile ritenere che la volontà (espressa) del privato di agire per il risarcimento del danno per equivalente implichi inequivocabilmente la volontà (implicita) di rinunciare al diritto di proprietà. La domanda risarcitoria, infatti, denuncia un illecito di cui la parte chiede la riparazione; nulla di più e nulla di meno.

Sul piano formale, prosegue l'Adunanza Plenaria, va considerato che la domanda risarcitoria è redatta e sottoscritta dal difensore del soggetto proprietario (e non anche da questi

personalmente). Tuttavia, ai fini della possibile configurabilità della rinuncia, quest'ultima deve provenire dal titolare del diritto che ne ha la disponibilità.

Rispetto alla posizione assunta dall'Adunanza Plenaria, si osserva peraltro che il riferimento alla teoria dell'atto amministrativo implicito appare non del tutto pertinente laddove si faccia riferimento alla rinuncia abdicativa del privato che è istituto del tutto differente per presupposti e ambito di operatività^[23].

La ragione principale ed assorbente che ha indotto l'Adunanza Plenaria a ritenere non percorribile la strada della rinunciabilità del diritto di proprietà in caso di occupazione *sine titulo* attiene al rispetto del principio di legalità: ai sensi dell'art. 42 della Costituzione la proprietà può essere espropriata “*nei casi preveduti dalla legge*” fra i quali non rientra la rinuncia abdicativa. Secondo quanto osservato nelle sentenze 2 e 3 del 2000, la tesi della rinuncia abdicativa rischia di riproporre “*problemi e dubbi interpretativi*” propri dell'ormai tramontato istituto dell'occupazione acquisitiva, ritenuto incompatibile dalla Corte EDU con i principi del Protocollo Addizionale CEDU.

Ai sensi dell'art. 42 *bis* T.U.E. deve escludersi che il giudice e, a maggior ragione, il privato possano decidere sulla sorte del bene occupato; la scelta di acquisirlo è propria della pubblica amministrazione e deve restare tale “*senza che possano trovare spazio elaborazioni giurisprudenziali che, se forse giustificate in assenza di una base legale, non si giustificano più una volta che intervenga un'esplicita disciplina normativa*”.

L'orientamento contrario alla rinuncia abdicativa implicita del proprietario del bene occupato *sine titulo* dalla pubblica amministrazione trova conferma, con ulteriori argomentazioni, nella coeva sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2020 che prende posizione sull'indirizzo interpretativo dedotto dalle sentenze Cass. Civ. SS.UU. n. 735/2015 e Cons. Stato Ad. Plen. n. 2/2016 che – viene fatto rilevare – non trattano *ex professo* le questioni inerenti l'applicazione della rinuncia abdicativa e, pertanto, non rappresentano precedenti puntuali e granitici.

Nella sentenza n. 4/2020 l'Adunanza Plenaria muove dalla constatazione che “*la trasposizione della figura negoziale della rinuncia abdicativa dall'ambito privatistico all'ambito dell'espropriazione per pubblica utilità (...) genera un'irrazionalità amministrativa di tipo funzionale*”; ciò che resta irrisolto nella ricostruzione dell'istituto della rinuncia abdicativa è l'aspetto della correlazione fra effetto privativo e effetto traslativo proprio dei provvedimenti ablatori, finendo col privare la vicenda espropriativa della sua causa giuridica. Nessuna delle pronunce che ammette il ricorso alla rinuncia abdicativa fornisce una soluzione certa ed univoca sull'individuazione del titolo e del *modus acquirendi* del diritto di proprietà in capo all'amministrazione occupante tenuta al risarcimento dei danni.

Il richiamo all'art. 827 cod. civ. – prosegue l'Adunanza Plenaria – appare fuorviante tenuto conto che la disposizione civilistica prevede l'acquisto a titolo originario del bene vacante da parte dello Stato e non può, dunque, giustificare l'acquisto da parte dell'ente espropriante tenuto al risarcimento del danno.

L'Adunanza Plenaria – integrando i rilievi delle sentenze 2 e 3 – esclude altresì la possibilità di applicare in via analogica altre disposizioni del codice civile riguardanti fattispecie di acquisto a titolo originario quali gli artt. 923, 940 e 942 cod. civ. in quanto si incorrerebbe in

una palese violazione del principio di legalità, più volte richiamato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte EDU.

Muovendo da queste premesse e osservazioni, si osserva che l'art. 42 *bis* ha introdotto una procedura speciale tipizzando i poteri dell'amministrazione e conformando la facoltà di autodeterminazione del proprietario.

In particolare, ai sensi dell'art. 42 *bis*, l'amministrazione occupante è titolare di una "*funzione a carattere doveroso consistente nella scelta fra la restituzione previa rimessione in pristino o l'acquisizione di esso*"; non si tratta, dunque, di una mera facoltà di scelta fra più opzioni possibili ma di "*doveroso esercizio di un potere*".

Parallelamente, in capo al privato è attribuita la potestà di compulsare la pubblica amministrazione attraverso un'istanza o diffida all'esercizio del potere/dovere di porre termine alla situazione di illecito permanente costituita dall'occupazione *sine titulo* scegliendo se acquisire o restituire il bene; in caso di perdurante inerzia, il privato potrà ricorrere all'azione *ex artt.* 31 e 117 c.p.a.[24].

Altre possibili soluzioni (ivi compresa la teorica della rinuncia abdicativa) potevano essere percorribili in mancanza di una disposizione (l'art. 42 *bis*) che ha espressamente regolato l'unica procedura da seguire.

Ne consegue che all'interprete "*non è consentito (se mai lo sia stato) più di ricorrere all'analogia iuris per integrare la fattispecie normativa di diritto amministrativo settoriale in materia espropriativa quale tassativamente predeterminata dal legislatore*".

L'ipotesi dell'applicazione delle norme sulla rinuncia abdicativa viene ritenuta un'operazione ermeneutica da rigettare in quanto:

- comporta uno stravolgimento dell'assetto di interessi sotteso e (ri)composto (d)alla particolare procedura ablativa disciplinata dall'art. 42 *bis*;
- affida alla decisione sulla sorte del bene ad un atto eventuale ed unilaterale del proprietario cui finirebbe per attribuire "*una sorta di diritto potestativo direttamente ricadente nella sfera giuridica dell'amministrazione*";
- si risolve nell'inammissibile introduzione *praeter legem* di una nuova fattispecie ablativa/traslativa.

A parere di chi scrive, l'orientamento dell'Adunanza Plenaria, pur condivisibili, si espone ad alcuni rilievi critici.

In particolare, il rilievo (che la stessa Adunanza Plenaria ritiene "*decisivo ed assorbente*") sulla violazione del principio di legalità potrebbe essere ritenuto non del tutto convincente da una diversa prospettiva.

Ponendosi dalla prospettiva del titolare del diritto dominicale potrebbe infatti obiettarsi che l'art. 42 Cost. (che secondo l'Adunanza Plenaria non fornirebbe la base legale all'istituto della rinuncia abdicativa) riconosce e protegge la proprietà privata e, nel sottoporre al principio di

legalità la determinazione dei modi di acquisto e, soprattutto, le modalità di espropriazione della stessa per motivi di interesse generale, mira a tutelare il proprietario; sicché sarebbe priva di giustificazione un'interpretazione che individua proprio nell'art. 42 Cost. la ragione di un limite all'esercizio delle azioni ordinariamente poste a difesa del diritto dominicale e al dispiegarsi della normale potestà di disposizione dello stesso (ivi compresa quella di rinunciare).

Dubbi simili possono sorgere rispetto all'affermazione secondo la quale l'ordinamento processuale appresterebbe uno strumentario efficace a tutela del soggetto privato che rende superfluo e fuorviante il ricorso all'istituto della rinuncia abdicativa[25].

4. Le sentenze gemelle della Corte di Cassazione, Sez. I, del 6 giugno 2022 (nn. 18142, 18143, 18167, 18168).

L'orientamento dell'Adunanza Plenaria sull'inammissibilità del ricorso alla rinuncia abdicativa è stato recepito dalla giurisprudenza amministrativa che si è prontamente adeguata alle indicazioni interpretative delle pronunce nn. 2, 3 e 4 del 2020[26].

Non analoga condivisione si è riscontrata da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione che, chiamata a pronunciarsi su fattispecie per le quali *ratione temporis* manteneva la giurisdizione, non ha mancato di rilevare che l'esclusione della rinuncia abdicativa nelle ipotesi di occupazione *sine titulo* da parte della pubblica amministrazione rappresenta un grave *vulnus* per il diritto di proprietà del privato[27].

Si segnalano, in particolare, per il netto dissenso manifestato rispetto alla posizione assunta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, quattro recenti sentenze gemelle della Prima Sezione della Corte di Cassazione del 6 giugno 2022 (nn. 18142, 18143, 18167, 18168) con le quali – muovendo dall'assunto che la scelta dei rimedi a tutela della proprietà deve essere sempre riservata al privato danneggiato (Cass. n. 144/2020 e n. 301/2014) – si afferma chiaramente che l'Adunanza Plenaria, escludendo la possibilità per il privato di azionare i rimedi civilistici comuni, in sostanza ha ravvisato una “*modalità conformativa della proprietà privata rimessa all'autorità amministrativa alla quale soltanto sarebbe riservata, ai sensi dell'art. 42 bis., la decisione di acquisire la proprietà dell'immobile, previo pagamento dell'indennizzo, o di restituirlo previa rimessione allo stato pristino, salva la residua possibilità per il privato di reagire introducendo un giudizio, con esito incerto e dilatato nel tempo, al solo fine di compulsare la stessa autorità ad assumere detta decisione*”.

Secondo la Corte l'adesione all'impostazione della giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato implica l'esposizione del proprietario danneggiato ai rischi insiti nella titolarità del bene in una situazione determinata dal comportamento illecito dell'autorità amministrativa; il proprietario, di fatto, verrebbe privato della possibilità di avvalersi del rimedio principale per far cessare immediatamente la prosecuzione degli effetti dell'illecito, ossia la rinuncia forzata alla proprietà (soluzione alternativa alla richiesta di restituzione del bene previa rimessione in pristino se concretamente praticabile)[28].

Il proprietario vittima del comportamento illecito dell'amministrazione ha il diritto di domandare in giudizio il risarcimento del danno, non solo, per la perdita del godimento nel periodo considerato (occupazione illegittima), ma anche per la perdita commisurata

all'integrale valore del bene, alla cui titolarità il proprietario ha implicitamente (seppur forzatamente) rinunciato proponendo la domanda risarcitoria per equivalente. Muovendo da tale assunto, la Corte di Cassazione rigetta *in toto* la soluzione prospettata dal giudice amministrativo aprendo un contrasto giurisprudenziale che richiede una soluzione.

A sostegno della propria posizione la Suprema Corte richiama anche l'orientamento della dottrina (per lo più gius-privatistica) secondo la quale non vi sono ostacoli logici e giuridici a che il proprietario - fintanto che la pubblica amministrazione non abbia esercitato il potere di acquisizione sanante - possa chiedere in giudizio e ottenere il risarcimento del danno per la perdita della proprietà del bene coattivamente trasferito in capo all'autore della lesione.

5. Riflessioni conclusive.

Il contrasto giurisprudenziale fra le supreme magistrature ordinaria e amministrativa in tema di rinuncia abdicativa sottende la continua tensione tra autorità e libertà, ovvero fino a che punto il potere autoritativo della pubblica amministrazione esercitato nel perseguimento del pubblico interesse possa giustificare il sacrificio del diritto di proprietà del privato garantito dalla Costituzione e dalla CEDU.

Per un verso, la posizione dell'Adunanza Plenaria del 2020 in ordine alla non ammissibilità dell'istituto dell'abdicazione del diritto di proprietà ha l'incontestabile pregio, per un verso, di essere pienamente aderente alle disposizioni codicistiche richiamate nelle sentenze di tenore contrario e, per altro verso, di valorizzare lo spirito della disciplina dell'acquisizione sanante.

L'art. 42 *bis* del Testo Unico Espropriazioni, invero, fornisce una base legale specifica e certa all'effetto ablativo della proprietà: da un lato la pubblica amministrazione è dotata di un potere di natura vincolata nell'*an* ma discrezionale nel *quomodo*, che le permette di ricondurre la situazione di occupazione illegittima nell'alveo della legalità; dall'altro lato, l'iniziativa procedimentale ed il successivo giudizio sul silenzio – come evidenziato dall'Adunanza Plenaria – costituiscono i mezzi con cui il privato può far valere il proprio interesse a conseguire il ristoro pecuniario rispetto alla restituzione del bene.

Da altra prospettiva, le conclusioni cui giunge la Corte di Cassazione nelle recenti sentenze del 2022 non paiono potersi considerare di modesto rilievo; l'esigenza di assicurare una tutela effettiva al proprietario del bene occupato dalla pubblica amministrazione per la realizzazione di un interesse pubblico è certamente rilevante e trova conforto nelle norme della CEDU che potrebbero indurre la Corte EDU a indicare una linea interpretativa in disaccordo con l'orientamento consolidatosi nelle sentenze del giudice amministrativo.

[1] G. Tropea, *Per un inquadramento di sistema della disciplina dell'art. 42 bis DPR n. 327/2001 alla luce della giurisprudenza costituzionale e del giudice amministrativo*, in www.giustizainsieme.it, 2022; G. Mari, *Rinunciabilità della proprietà e occupazione sine titulo*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2019, 196 ss.; Bona-Pardolesi, *Rinuncia abdicativa, abdicazione dalla giustizia?*, *Foro It.* 3/2020, 170; A. Di Cagno, *La rinuncia abdicativa in favore dell'amministrazione nell'ambito delle occupazioni illegittime*, in *Urb. e App.* 1/2020,

106 ss.; Coppola F., *L'evoluzione della materia delle espropriazioni e la questione circa l'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà: la soluzione delle sentenze dell'Ad. Plen. n. 2 e n. 4 del 2020*, in www.federalismi.it, 10/2021; Barilà, *Nuovi interventi del Consiglio di Stato sulla tutela della proprietà rispetto ad occupazioni illegali dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2020, III, 159; E. Amante, *L'adunanza Plenaria espunge la rinuncia abdicativa implicita dell'acquisizione sanante*, in *Urb. e App.*, n. 3/2020, 365 ss.; G. Ariemma, *Occupazioni e tutela del privato: l'ammissibilità della rinuncia abdicativa in materia di espropriazione per pubblica utilità*, in *Ist. dir. e econ.*, 2/2020, 256 ss.; ID., *CEDU e cultura giuridica italiana* 9) *La CEDU e il diritto amministrativo*, in www.giustiziainsieme.it, 2020.

[2] Si segnala Cass, Civ., 18 aprile 1987, n. 3872, in *Foro It.*, 1987, 1, 1727 ss. (con commento di A. Romano). Per una ampia ricostruzione del dibattito giurisprudenziale, R. Conti, *Diniego di rinuncia abdicativa*, in *Urb. e App.*, 2009, 103 ss.

[3] Sentenza pubblicata in *Foro Amm.* 7-8/1988, 1973 ss. (con nota di G.P. Cartei, *Un difficile connubio: criterio di effettività e principio di legalità dell'azione amministrativa*).

[4] A.M. Sandulli, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 809 ss. ove l'Autore osserva che “l'ubi consistam dell'espropriazione non è il trasferimento – come testimonia l'etimologia della parola – l'ablazione di un diritto o di facoltà inerenti ad un diritto”.

[5] Fra i commenti alla pronuncia si segnala, M. Annunziata, *Azione risarcitoria per occupazione illegittima e prescrizione del diritto*, in *Riv. Giur. Edil.*, 3/1997, 508 ss.; G. Giacalone, *L'occupazione illegittima, non assistita da (valida) dichiarazione di pubblica utilità, quale illecito permanente*, in *Giust. Civ.*, 5/1997, 1237 ss.;

[6] Come osservato nella pronuncia del 1997 (richiamando l'orientamento condiviso nella sentenza della II Sezione n. 3872/1987), lo schema della rinuncia con effetto abdicativo non è ignoto all'ordinamento, trovando espressione nell'art. 1070 cod. civ., che prevede l'abbandono del fondo servente mediante rinuncia alla proprietà in favore del fondo dominante, nell'art. 1104 cod. civ., che prevede l'abbandono del diritto del comunista sulla cosa comune a favore degli altri partecipanti, e infine nell'art. 550 cod. civ., che prevede l'abbandono della nuda proprietà della disponibile da parte del legittimario a favore del legatario.

[7] Si segnala TAR Calabria, Reggio Calabria, 17 giugno 2014 n. 265 secondo cui “*facendo applicazione degli ordinari principi civilistici, l'esigenza di una piena tutela del diritto di proprietà esige che l'effetto traslativo consegua ad una volontà espressa ed inequivoca del proprietario interessato, da tradursi in strumenti negoziali formali e tipici (Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2013 n. 2559) dovendosi comunque tener conto dello specifico regime giuridico degli atti inter vivos con cui si può disporre, anche mercè l'abdicazione, del diritto di proprietà (art. 1350 n. 5 c.c. e art. 2643 n. 5 c.c.)*”.

[8] TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 27 luglio 2015 n. 802; TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 31 agosto 2013 n. 529.

[9] TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 7 maggio 2015 n. 340; Cons. Stato, Sez. IV, 28 gennaio 2011 n. 676; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 26 marzo 2015 n. 310 che osserva che “*in caso di occupazione divenuta sine titulo di un'area, il giudice amministrativo non può condannare l'amministrazione al risarcimento nei confronti del proprietario per il controvalore del bene, quand'anche questa sia la richiesta formulata dal ricorrente: la legge non attribuisce rilevanza ad una dichiarazione unilaterale del proprietario, ma all'art. 42 bis D.P.R. n. 327 del 2001 attribuisce all'amministrazione il potere di acquisirlo; inoltre, la domanda giudiziale volta al risarcimento per equivalente comporterebbe una rinuncia 'condizionata' alla pronuncia del giudice che liquidi il risarcimento ed il cui evento è comunque giuridicamente precluso, poiché — per il principio della separazione dei poteri — solo l'amministrazione può valutare quale degli interessi debba prevalere tra quelli in conflitto e decidere se restituire il terreno ovvero acquisirlo*”; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 16 settembre 2014 n. 1111 secondo cui “*il diritto di proprietà non può essere fatto oggetto di atti abdicativi e, quindi, anche la richiesta di risarcimento formulata dal privato diretta ad ottenere il mero controvalore del fondo oggetto di occupazione sine titulo compromesso dall'opera pubblica, ancorché interpretata quale manifestazione della volontà di rinunciare alla proprietà del fondo, non può valere a determinare in capo al privato la perdita della proprietà del terreno illegittimamente occupato*”.

[10] T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 22 settembre 2008 n. 2176.

[11] In questi termini, T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 22 settembre 2008 n. 2176.

[12] C.G.A.R.S., 25 maggio 2009 n. 486 in cui vengono altresì considerate alcune specifiche ipotesi di atti di rinuncia al diritto di proprietà immobiliare contemplate dagli artt. 1070, 1104 e 550 c.c.

[13] T.A.R. Sardegna, Sez. II, 28 maggio 2010 n. 1383 dove si legge che “*al momento della richiesta di risarcimento danni, cui consegue l'implicito abbandono del diritto di proprietà sul terreno, si è verificato l'incontro della volontà del Comune di voler acquisire il terreno, in precedenza manifestato con l'occupazione del terreno e la sua utilizzazione ad opera pubblica, con quella del privato che richiedendo la corresponsione del risarcimento dei danni abdica al diritto di proprietà sul terreno utilizzato dall'ente pubblico*”.

[14] Sul punto, G. Mari, *Occupazioni sine titolo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, in Riv. Giur. Edil., 1-2/2016, 69 ss.

[15] Si segnala, in particolare, Cons. Stato, Sez. IV, 16 marzo 2012 n. 1514; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 22 settembre 2008 n. 2176

[16] Cons. Stato, Sez. IV, 2 dicembre 2011, n. 6375; 1 settembre 2015, n. 4096.

[17] Cass. Civ., SS. UU., 19 gennaio 2015 n. 735; in termini analoghi, Cass. Civ., Sez. I, 7 marzo 2017, n. 5686; 24 maggio 2018, n. 12961; SS. UU., 6 febbraio 2019, n. 3517.

[18] L'orientamento delle Sezioni Unite del 2015 è stato condiviso in alcune sentenze del giudice amministrativo di prime cure. Vd. TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 11 giugno 2015 n. 245; TAR Calabria, Reggio Calabria, 30 gennaio 2013 n. 64; 21 maggio 2013 n. 320; 7 marzo 2014 n. 156.

[19] Sui profili della liquidazione dell'indennizzo e del risarcimento, F. Tigano, *Indennizzo "reale" ed attività espropriativa nel caleidoscopio dei poteri ablatori*, in www.giustiziainsieme.it, 2020.

[20] M. Morelli, *Le occupazioni illegittime della Pubblica Amministrazione*, Roma, 2018, in part. 217- 218.

[21] Fra i commenti alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del 2020 si segnalano: E. Barilà, *Nuovi interventi del Consiglio di Stato sulla tutela della proprietà rispetto ad occupazioni illegali dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2020, III, 159 ss.; C. Bona – R. Pardolesi, *Rinunzia abdicativa, abdicazione della giustizia?*, ibidem, 169; S.R. Masera, *Espropriazione per p.u. - Cessazione dell'occupazione illegittima e irreversibile trasformazione del fondo*, in *Giur. it.*, 2020; sulle conseguenze legate alla soluzione tracciata dall'Adunanza Plenaria 2020 sono condivisibili le perplessità manifestate da R. CARANTA il quale osserva che "la scelta per l'inammissibilità adottata dalla Plenaria, se pare condivisibile sul piano teorico e della funzione pubblica, finisce, ancora una volta, per riaffermare l'assoluta disparità di trattamento riservata in tale materia alla p.a. (...) rispetto a quella del privato"; l'A. conclude indicando la necessità dell'intervento del legislatore. (R.G. CONTI, CEDU e cultura giuridica italiana 9) La CEDU e il diritto amministrativo, cit., 2020); analoghe perplessità sono sollevate da G. TROPEA nel medesimo contributo.

[22] C. Bona - R. Pardolesi, *Rinunzia abdicativa, abdicazione di giustizia?*, cit., 2020, III, 134 ss.

[23] G. Tropea, *Per un inquadramento di sistema della disciplina dell'art. 42 bis DPR n. 327/2001 alla luce della giurisprudenza costituzionale e del giudice amministrativo*, cit.

[24] Sulla tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione, da ultimo, S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino, 2020. Per un inquadramento generale, M.A. Sandulli, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1994, 486 ss.; Id., *La disciplina del silenzio della pubblica amministrazione spunti di riflessione in materia di tutela giurisdizionale*, in V. Parisio (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata*, Milano, 2002, 183 ss.; S. Perongini, *La tutela giurisdizionale avverso l'inerzia della pubblica amministrazione e l'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 423 ss.; R. Rolli, *La voce del diritto attraverso i suoi silenzi. Tempo, silenzio e processo amministrativo*, Milano, 2012; F. Manganaro, *Dal rifiuto del provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Dir. amm.*, 2016, 93 ss.; G. Mari, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla relativa violazione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 158 ss.

[25] Queste ed altre perplessità sono sollevate da A. Vacca nel contributo *Profili strutturali dell'attività di ius dicerenell'abdicazione del diritto di proprietà*, op. cit.; i rilievi critici sono in parte condivisi da G. Tropea, *Per un inquadramento di sistema della disciplina dell'art. 42 bis DPR n. 327/2001 alla luce della giurisprudenza costituzionale e del giudice amministrativo*, op. cit.

[26] *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 16 maggio 2022, n. 3827; 11 marzo 2022, n.1746; 28 gennaio 2022, n. 600; 27 dicembre 2021, n. 8628; 2 settembre 2021, n. 6205; 22 giugno 2021, n. 4790; 12 maggio 2021, n. 3751; , 10 maggio 2021, n. 3611; 5 maggio 2021, n. 3514; 31 marzo 2021, n. 2686; 29 marzo 2021, n. 2595; 21 settembre 2020, n. 5527; Sez. II, 7 gennaio 2022, n. 105; 11 ottobre 2021, n. 6798; 9 aprile 2021, n. 2906; 9 novembre 2020, n. 6863; C.G.A.R.S., 2 febbraio 2022, n. 156; 8 luglio 2021, n. 668; 28 giugno 2021, n. 631; 14 maggio 2021, n. 430; 25 marzo 2021, n. 253; TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 12 aprile 2021, n.523; 11 settembre 2020, n. 985; 20 aprile 2020, n. 470; TAR Sardegna, Sez. II, Cagliari, 30 aprile 2021, n. 314 TAR Campania, Napoli, Sez. V, 19 maggio 2021, n. 3328; 21 luglio 2021, n. 5048; 26 luglio 2021, n. 5221.

[27] Cass. Civ., sez. I, 6 giugno 2022, nn. 18142, 18143, 18167, 18168; in precedenza, 7 settembre 2020, n. 18566; Sez. III, 11 dicembre 2020, n. 28297

[28] In termini analoghi, Cass Civ., Sez. I, 7 settembre 2020, n. 18566 aveva ribadito che va condiviso l'orientamento giurisprudenziale favorevole alla rinunciabilità della proprietà (Cass. SS. UU. 735/2015) in quanto *“in tema di espropriazione per pubblica utilità, la c.d. occupazione acquisitiva od accessione invertita, che si verifica quando alla dichiarazione di pubblica utilità non segue il decreto di esproprio, è illegittima al pari della c.d. occupazione usurpativa, in cui invece manca del tutto detta dichiarazione, ravvisandosi in entrambi i casi un illecito a carattere permanente (inidoneo a comportare l'acquisizione autoritativa alla mano pubblica del bene occupato), che cessa tuttavia in caso di rinuncia del proprietario al suo diritto, implicita nella richiesta di risarcimento dei danni per equivalente”*.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2240 – 16 marzo 2022

Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?

di Marco Mazzamuto

1. La Corte di giustizia UE (21 dicembre 2021, C-497/20) non ha lasciato alcuno spazio al tentativo della Cassazione di aggirare l'orientamento del giudice delle leggi (sentenza n. 6/2018) a proposito dei “soli motivi inerenti alla giurisdizione” (art. 111 cost.), facendo leva su una presunta contrarietà di tale orientamento al diritto UE.

Si trattava di una particolare sensibilità della Cassazione per l'effettività del diritto UE? Niente affatto. Del resto non è difficile trovare casi nei quali la situazione si presenta capovolta. Si prenda ad es. la questione della doppia qualità di impresa pubblica e organismo di diritto pubblico, ove la Cassazione ha ritenuto di far comunque prevalere il sottosistema dei settori speciali (Cass. s.u. n. 4899/2018), di contro a quanto poteva facilmente ricavarsi dalla giurisprudenza UE (Corte giust. ue 10/4/2008, C-393/06). Invero, i principi UE hanno, per diversi aspetti, una potenzialità di scardinamento di assetti consolidati, sicché non vi è nulla di nuovo nei tentativi della giurisprudenza nazionale di recepire a volte tali vincoli con gradualità o con una qualche resistenza: si tratta cioè di un processo complesso di progressiva interazione tra ordinamenti e bilanciamento di interessi. Si pensi da ultimo alla spinosa faccenda delle concessioni balneari: l'indicazione temporeggiatrice del Consiglio di Stato - che erroneamente viene criticata come una sostituzione del legislatore, trattandosi piuttosto di una modulazione del potere di disapplicazione (similarmente alla modulazione dell'annullamento), dunque di un potere giurisdizionale- è chiaro esempio di un percorso di ragionevole compromesso.

Ma la miglior riprova del fatto che il rinvio al giudice UE nel caso Randstad sia stato strumentalizzato, nel quadro di un più ampio disegno di affermare la supremazia della Cassazione sui giudici speciali, si ha con una immediata riapertura del fronte “interno”, come

traspare da un recentissimo convegno (*Il caso Randstad Italia spa: questione di giurisdizione o di giustizia?*, 11 febbraio 2022, vedi *Giustizia insieme*), specialmente con riguardo alle relazioni del Presidente Raffaele Frasca, Presidente di Sezione della Corte di Cassazione, ma parlante a titolo personale, e del Prof. Romano Vaccarella, ordinario di diritto processuale civile, già giudice costituzionale ed estensore della famosa sentenza n. 204/2004.

La relazione del Presidente Frasca si è mossa su tre punti: 1) il ridimensionamento del valore della pronuncia n. 6/2018 del giudice delle leggi; 2) l'inconfigurabilità di un conflitto di attribuzioni da parte del Consiglio di Stato; 3) una reinterpreteazione del dettato costituzionale.

La premessa maggiore, subito esplicitata, è che sui motivi inerenti alla giurisdizione “l’ultima parola” spetti alla Cassazione e non al giudice costituzionale.

Da qui si ricava la presunta erroneità della pronuncia del 2018 in quanto con il giudizio di irrilevanza per difetto di *potestas iudicandi* il giudice delle leggi si sarebbe sostituito alle Sezioni unite, mentre, semmai, avrebbe dovuto dichiarare l’inammissibilità della questione rinviandola all’organo competente, cioè alle stesse Sezioni Unite. Si tratta di per sé di pure conseguenze deduttive della premessa maggiore e che stanno o cadono insieme a quest’ultima.

Sin qui il discorso rimane invero assai debole. La limitazione del ricorso alle Sezioni unite per “soli motivi inerenti alla giurisdizione” non è più soltanto una semplice previsione di un codice processuale, sino indietro a risalire all’art. 3 della legge 31 marzo 1877, n. 3761, ma è divenuta anche una previsione costituzionale, come tale rimessa all’interpretazione del giudice delle leggi: è dunque del tutto mal posta l’affermazione che in materia “l’ultima parola” spetti alla Cassazione.

Forse nella consapevolezza di una fragile prospettiva, ecco che allora il discorso si arma anche di una, per così dire, astuzia processuale, indagando se vi sia un altro modo per neutralizzare in concreto il ruolo della Corte costituzionale.

Anzitutto, si afferma che la pronuncia n. 6/2018, trattandosi di una sentenza di inammissibilità, a fortiori, non potrà avere l’effetto vincolante di cui sono già prive le sentenze di rigetto. Ma soprattutto si afferma che, qualora le Sezioni unite dovessero tornare sul proprio orientamento, non vi sarebbe modo per far pervenire la questione di fronte al giudice delle leggi.

Si confessa invero che, subito dopo la pronuncia del 2018, nell’ambiente della Cassazione prevalse la cautela. Si temeva infatti che, con un’impugnazione da parte del Consiglio di Stato, la Corte costituzionale avesse potuto confermare il proprio orientamento, questa volta con effetti vincolanti.

Ma, *melius re perpensa*, il Presidente Frasca ritiene oggi che tale conflitto non sarebbe ammissibile, poiché riguarderebbe organi appartenenti al medesimo potere, citando altresì una, ritenuta significativa, pronuncia n. 368/1996, rectius n. 385/1996, della Corte Costituzionale: dunque, liberi tutti!

Tale assunto, oltre che esprimere per implicito una scarsa considerazione delle prerogative del giudice delle leggi, che si vorrebbero così aggirare, appare comunque privo di fondamento.

Si insiste sul carattere unico del potere giurisdizionale e, sempre con una qualche consequenziale autoreferenzialità, se ne trova la prova più significativa nel fatto che al “vertice” vi sarebbero le Sezioni unite, dimenticando che i giudici speciali sono giurisdizioni “superiori”, come letteralmente, al di fuori dello stesso art. 111, ci indica il dettato costituzionale: “I giudici della Corte costituzionale sono scelti fra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrative” (art. 135 c. 2 cost.).

Ma ciò di cui non ci si avvede è che anche a presupporre una siffatta stringente unità non per questo ne deriverebbe quanto desiderato sul versante dell’inammissibilità del rimedio.

Nella tradizione giuspubblicistica l'impermeabilità di soggetti o poteri ha sempre avuto, ai fini nell'esperibilità dei rimedi, un valore tendenziale, ma non assoluto. Basti ricordare le sofisticate riflessioni di Santi Romano sulla “suità” degli organi costituzionali e amministrativi e sui rapporti giuridici “riflessivi”, tanto che Vittorio Emanuele Orlando non aveva tema di osservare, riguardo in particolare al diritto amministrativo, che “le moderne istituzioni amministrative possono offrire il caso che una determinata norma assicuri e garantisca una certa sfera di libere facoltà ad enti, senza che perciò si possa dire che essi siano subbietti di quel determinato diritto”, il che “stando al rigore dei principii” non sembrerebbe ammissibile, poiché l'organo “non ha una personalità giuridica distinta da quella dello Stato cui serve”. Si tratterebbe quindi di una “particolarità specialissima del diritto amministrativo”, la quale “suppone il caso in cui si concede facoltà ad un organo amministrativo di impugnare in via contenziosa l'atto di un altro organo amministrativo” (si rimanda per tali riferimenti a M. Mazzamuto, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 405 ss.).

Ebbene, discorso non diverso vale per la giurisprudenza costituzionale, che, del resto, nei percorsi continentali, è essenzialmente figlia della giustizia amministrativa, riguardando *mutatis mutandis* il sindacato su un atto legislativo piuttosto che su un atto amministrativo.

L'assunta unità di un potere, ammesso e non concesso che sia predicabile nei rapporti tra giudice ordinario e giudici speciali, non è infatti decisiva. Il vero punto scriminante consiste invece nel fatto che vi sia o meno una prerogativa costituzionale che si riferisca, in ipotesi, anche ad un anfratto interno a questo potere. Se questa condizione ricorre il conflitto è ammissibile anche tra organi di uno stesso potere, e di ciò si ha chiara contezza nella giurisprudenza costituzionale.

Così, nel famoso caso Mancuso, ove si intendeva difendere le prerogative costituzionali del Ministro della Giustizia, la Corte ha ritenuto ammissibile il conflitto, tra gli altri, anche nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, con riguardo alla proposta dello stesso Presidente del Consiglio di conferimento, a sé medesimo, dell'incarico di Ministro di grazia e giustizia ad interim (C. cost. ord. 470/1995).

Di particolare significato sono poi le affermazioni di principio sulla tutela delle prerogative costituzionali dei singoli parlamentari rispetto allo stesso organo di appartenenza:

“Nell’ambito di istituzioni complesse, articolate e polifunzionali, qual è il Parlamento e quali sono le singole Camere, molteplici sono gli organi che possono configurarsi come poteri a sé stanti, idonei a essere parti nei conflitti di attribuzione. I parlamentari che, come si è detto, sono organi-potere titolari di distinte quote o frazioni di attribuzioni costituzionalmente garantite debbono potersi rivolgere al giudice costituzionale qualora patiscano una lesione o un’usurpazione delle loro attribuzioni da parte di altri organi parlamentari” (C. cost. ord. N. 17/2019 e i precedenti ivi citati).

Ebbene, *mutatis mutandis*, non vi è alcun dubbio che il giudice speciale, come giurisdizione superiore, goda di una prerogativa costituzionale, espressamente prevista nell’art. 111 cost., nel senso di non potere essere sottoposto ad un giudizio delle Sezioni unite della Cassazione che vada al di là dei “*solì motivi inerenti alla giurisdizione*”.

Si tratta già di riferimenti di inequivocabile rilievo sistematico. Resta da prendere in considerazione la pronuncia n. 368/1996, *rectius* n. 385/1996, che, a ben vedere, non sembra affatto condurre alle conseguenze che ne vorrebbe ricavare chi ne ha fatto evocazione. Nel caso di specie un giudice sollevava un conflitto riguardo ad un’azione di responsabilità erariale di fronte al giudice contabile per i provvedimenti di liquidazione dei compensi dei periti dal primo adottati nell’ambito di un procedimento penale. Il giudice costituzionale dichiarava l’inammissibilità del conflitto, ma con una motivazione significativa (*corsivi ns.*):

-“la concreta attribuzione della giurisdizione, in relazione alle diverse fattispecie di responsabilità amministrativa, è rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario e non opera automaticamente in base all’art. 103 Cost., richiedendo l’*interpositio legislatoris*, ” (sentenza n. 24 del 1993); così come più in generale “appartiene al legislatore, nel rispetto delle norme costituzionali, la determinazione dell’ampiezza di ciascuna giurisdizione (ordinaria, amministrativa, contabile, militare, ecc.) (sentenza n. 641 del 1987)”;

“Il che spiega perché, quando sono in discussione, nei reciproci rapporti fra giurisdizioni, i rispettivi ambiti di competenza, *se e in quanto determinati dal legislatore ordinario*, il contrasto non assume, *di norma*, il carattere di conflitto di attribuzione, come confermano gli articoli 111, terzo comma, della Costituzione e 37, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87”

-“la contestata giurisdizione non potrebbe dirsi né attribuita né sottratta alla Corte dei conti *da norme costituzionali*, dipendendo essa invece dalle determinazioni che la legge abbia fatto in proposito per tener conto di tali esigenze. E questo basta perché si riconosca che l’attuale controversia non presenta le caratteristiche che l’art. 37, primo comma, della legge n. 87 del 1953 richiede, affinché possa instaurarsi un conflitto costituzionale di attribuzioni, rientrante nella competenza di questa Corte”.

E un discorso analogo la Corte sviluppa rispetto alla pretesa lesione dell’indipendenza del giudice:

-“ anche sotto il profilo della previsione dei diversi tipi di responsabilità in cui possono incorrere i giudici, la Costituzione lascia aperto un campo all’esplicazione della discrezionalità del legislatore. Esso porta a riconoscere che, anche sotto questo aspetto, il presente conflitto non attiene alla “delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali”.”;

-“le richiamate disposizioni dettate dalla Costituzione a garanzia dell’indipendenza e dell’insindacabilità della funzione giurisdizionale non si oppongono di per sé alla possibilità che la legge preveda casi e forme di responsabilità per atti giudiziari del tipo qui in questione. Ond’è che nemmeno per questa via è possibile ricavare *un confine definito dalla Costituzione*, che giustifichi la drastica affermazione che alla Corte dei conti è sempre preclusa - si ribadisce: preclusa per ragioni di costituzionalità - la giurisdizione sulla responsabilità dei magistrati per danno erariale”.

In sostanza, gli ambiti delle giurisdizioni usualmente non hanno dei puntuali vincoli costituzionali, ma esigono una *interpositio legislatoris*, sicché di regola non si può configurare un conflitto di attribuzioni non venendo in gioco la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata da norme costituzionali. In tali casi, potranno essere attivati i rimedi esistenti sulle questioni di giurisdizione, sino al giudizio delle Sezioni Unite della Cassazione (cioè l’evocato art. 111 c. 3, ora c. 8, Cost.), nel contesto dei quali potrà semmai porsi in via incidentale un dubbio di costituzionalità sulle previsioni legislative attinenti alla giurisdizione. In questo senso, l’evocato art. 37, c. 2, L. n. 87/53: “Restano ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione”.

Ma ciò non può certo valere per il nostro caso: dirimente è che nell’art. 111 c. 8 viene invece in gioco, per usare sempre l’espressione dell’art. 37 cit. c. 1, la “delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali”; a ciò può anche aggiungersi che non vi è un rimedio sub-costituzionale avverso le pronunce delle Sezioni Unite.

Questo trova del resto inequivocabile conferma nei precedenti giurisprudenziali, anche del giudice delle leggi. Non da ora si è affermato che la funzione della Cassazione di cui all’art. 111 va considerata “come rimedio costituzionalmente imposto” (così ad es. C. cost. n. 395/2000) ed immediatamente precettivo (ad es., ex multis, Cass. s.u. n. 2077/1994). E ciò vale sia riguardo al ricorso in Cassazione “per violazione di legge” (c. 2, ora c. 7), sia riguardo al ricorso “per i soli motivi inerenti alla giurisdizione” (c. 3, ora c. 8): “le leggi ordinarie non possono disporre delle funzioni costituzionalmente riservate alla Corte di cassazione (in base al secondo e *terzo comma* dell’art. 111)” (già C. cost., n. 86/1982). E se dunque il ricorso alle Sezioni Unite “per i soli motivi inerenti alla giurisdizione è una funzione “costituzionalmente” fissata, va da sé, trattandosi del rispecchiamento della medesima disposizione, che il Consiglio di Stato o la Corte dei conti godano della medesima prerogativa “costituzionale” nell’essere sottratti ad un ricorso in Cassazione che oltrepassi i motivi di giurisdizione. Per usare le parole proprio dell’evocata pronuncia n. 385/1996 vi è qui “un confine definito dalla Costituzione”.

In definitiva, sussistono, a nostro avviso, tutti i presupposti perché il Consiglio di Stato (o la Corte dei Conti), più esattamente il suo Presidente (c. cost. n. 302/1995), sollevi un conflitto di fronte al giudice costituzionale avverso una pronuncia della Cassazione che oltrepassi i motivi di giurisdizione.

Anzi, se il giudice della giurisdizione vorrà insistere, è auspicabile che tale conflitto si sollevi quanto prima, poiché non è certo tollerabile che si continui a rimanere *sine die* esposti all’incertezza di questa pervicace volontà espansionistica della Cassazione (o, si spera, solo di una parte di essa). E senza dimenticare che il passato ci offre un rimedio ancor più radicale, quando, nel 1965, la Corte dei conti arrivò ad affermare che “non può riconoscersi effetto”

alla pronuncia delle Sezioni unite su un regolamento preventivo di giurisdizione, sin lì non ammesso nei confronti dei giudici speciali, come se tale pronuncia fosse emessa in carenza di potere, dunque nulla o inesistente (si rimanda a M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677).

Va inoltre menzionato, ma solo per completezza, l'implicito tentativo di delegittimazione soggettiva della pronuncia del 2018 messa in campo, e non solo in questa occasione, dal Prof. Vaccarella, e ciò perché il collegio era in composizione ridotta (12) e soprattutto perché le funzioni di redattore vennero attribuite ad un componente che proveniva dalla giurisdizione amministrativa. Potrebbe dirsi, specularmente, lo stesso per il redattore, questa volta proveniente dalla giurisdizione ordinaria, della pronuncia che ha condotto alla dichiarazione di incostituzionalità del d.lgs.vo n. 80/98 con riguardo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma evidentemente si usano due pesi e due misure. Comunque non intendiamo aggiungere altro, poiché siamo su un terreno di pure suggestioni.

Se poi vogliono mettersi in gioco dei conflitti d'interesse nell'assetto istituzionale dell'ordinamento, ebbene il primo conflitto di interessi, come già evidenziava, Ludovico Mortara, sta proprio nelle Sezioni unite della Cassazione, cioè di un giudice della giurisdizione che è parte in causa. Ben altro, sarebbe il discorso se tale organo avesse una composizione mista del tipo francese, soluzione questa più naturale, come ancora auspicava lo stesso Ludovico Mortara, in un ordinamento informato al pluralismo giurisdizionale (per questi riferimenti, M. Mazzamuto, *Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019).

Se per suscitare la sensibilità del Prof. Vaccarella, in un collegio, quello costituzionale, a composizione mista, è sufficiente che vi sia un redattore proveniente dalla giurisprudenza amministrativa per una questione di giurisdizione, figuriamoci allora, da parte nostra, se non vi sarebbe ben *a fortiori* ragione di lagnarsi del dover continuare ad assistere, da quasi un secolo e mezzo, a decisioni di un giudice della giurisdizione interamente composto da giudici ordinari.

2. Non da ora, anche da una parte della dottrina, si prospetta una reinterpretazione della costituzione nel segno di una visione unitaria della giurisdizione, finendo con ciò inevitabilmente per investire il crocevia sistematico delle funzioni delle Sezioni Unite: l'obiettivo è evidente, fare delle Sezioni unite, in qualche misura, un giudice di legittimità di terzo grado nei confronti dei giudici speciali, promuovendo la Cassazione ad "unica" Corte Suprema.

Il Presidente Frasca si produce in un'esegesi dell'art. 111 nel confronto con codici processuali, invece che con una tradizionale ordinamentale che risale alla legge 31 marzo 1877, n. 3761, per concludere che per motivi di giurisdizione debba intendersi violazioni di legge, sebbene in un ambito più ristretto, quello della violazione delle sole leggi sostanziali e non di quelle processuali. Rievoca il noto argomento della presunta grave incongruenza di un ricorso per violazione di legge sempre possibile per un diritto soggettivo, ma non per un diritto soggettivo rimesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nonché la preoccupazione espressa da Franco Bile nel 1998 della formazione di una doppia

nomofilachia negli istituti di diritto comune. Infine il Prof. Vaccarella ripropone una versione ancor più larga, sicché nei motivi di giurisdizione rientrerebbero anche i vizi processuali.

Non è possibile affrontare qui *funditus* l'argomento. Ci limitiamo ad osservare che questi orientamenti ci sembrano affetti da un semplificante spirito geometrico non sostenuto da un'adeguata consapevolezza della complessità storica e sistematica della materia, indulgiando soltanto su una premessa maggiore apodittica, e cioè che esista un solo modello di giurisdizione, quello loro, della giurisdizione ordinaria, che si pretende di assumere anche a modello costituzionale, e su cavillosi tentativi di interpretazioni esegetiche.

Sembra anzitutto che si ignori l'esistenza del diritto pubblico e del suo giudice. Il giudice amministrativo ha la sua ragione d'essere nel diritto pubblico e dunque poco si comprenderebbe perché mai un giudice che si occupa di tutt'altro, che è ambientato in un altro sistema, quello privatistico, dovrebbe operare in un terreno a lui estraneo. E' questo il senso principale della scelta costituzionale: il mantenimento del diritto amministrativo e del suo giudice, nella consapevolezza che solo quest'ultimo è in grado di applicare i principi del primo, non certo un giudice informato a tutti altri principi. Si comprende così perfettamente, sul piano sistematico, perché le Sezioni unite possano al più atteggiarsi a giudici della giurisdizione, ma non certo a giudici di terzo grado delle giurisdizioni, appunto "superiori", speciali.

Senza contare della vera ragione di fondo del dualismo: cioè il maggior garantismo del diritto pubblico per il cittadino. Un inquinamento privatistico del diritto e della giustizia amministrativi porterebbe infatti ad una verticale caduta della tutela, come è avvenuto nel pubblico impiego, essendo il vincolo della legalità privatistica, proprio perché rispettosa dell'autonomia privata, ben più flebile del vincolo del regime pubblicistico.

Quando dunque si parla delle posizioni soggettive, magari per evocare un principio di eguaglianza nella nomofilachia, non lo si può fare con una trasversale indifferenza rispetto al sistema nel quale una posizione soggettiva va a collocarsi, cioè in un rapporto di diritto pubblico o in un rapporto di diritto privato. Si prenda ad es. un diritto di proprietà, lo si chiami come si preferisce (diritto soggettivo o altro), ciò che veramente dovrebbe contare ai fini del riparto (e della nomofilachia) è se tale diritto si confronta con altre posizioni giuridiche nell'ambito di rapporti privatistici o nell'ambito di rapporti pubblicistici.

Vero è piuttosto che l'enfaticizzazione delle posizioni soggettive ai fini del riparto è stato e continua ad essere fonte di grandi confusioni. Quando si parla di diritti soggettivi in opposizione agli interessi legittimi a cosa ci si riferisce, a diritti soggettivi di diritto privato o a diritti soggettivi di diritto pubblico? Se si guarda a come si è inizialmente formato il sistema non certo ai primi, essendo scontata la giurisdizione del giudice ordinario nei rapporti *iure privatorum*, bensì ai secondi poiché il problema era quello di dividere le controversie di diritto pubblico tra giudice ordinario e IV Sezione per evitare il conflitto tra giudicati. Ma sappiamo altresì che i diritti soggettivi di diritto pubblico rimasero più che altro sulla carta, grazie alla teoria della degradazione, che finì, sotto altra veste, per perpetuare la tradizionale distinzione tra di atti d'impero (latamente intesi) e atti di gestione, che, a sua volta, aveva assunto il significato di riprodurre la distinzione tra atti di diritto pubblico e atti di diritto privato.

Ed è proprio quest'ultimo, così come in tutti i sistemi dualistici, il vero punto meritevole di attenzione, unitamente alle dinamiche che possono determinarsi nei mutamenti di

qualificazione. Significativo è l'esempio della giurisdizione esclusiva, tutta carica delle ambiguità dell'enfatizzazione delle posizioni soggettive. Se già, nel riparto ordinario, i diritti soggettivi di diritto pubblico erano assorbiti negli interessi legittimi con la teoria della degradazione, cosa mai si sarebbe dovuto guadagnare in più con la giurisdizione esclusiva, come giurisdizione anche sui diritti soggettivi (di diritto pubblico)? L'utilità pratica si poté in realtà apprezzare perché la norma processuale sul riparto divenne occasione per una riqualificazione pubblicistica, sul piano sostanziale, di parti dei rapporti che sin lì erano di qualificazione privatistica o di incerta qualificazione. E' proprio per questo che si inventarono gli atti "amministrativi" paritetici, dove l'aspetto più importante stava nel qualificarli come "amministrativi", mentre il carattere paritetico rispondeva soltanto all'esigenza di evitare che nel passaggio di regime vi fosse un peggioramento nella sottoposizione ai termini decadenziali. La verità è che le materie di giurisdizione esclusiva non erano tanto segnate dall'incertezza tra diritti soggettivi di diritto pubblico e interessi legittimi, bensì da zone grigie tra diritto pubblico e diritto privato.

Si sarebbe il giudice amministrativo così appropriato di istituti di diritto comune? Certamente sì. Ma, così come aveva già ben chiaro Vittorio Emanuele Orlando, gli istituti di diritto comune sono imputabili al sistema privatistico soltanto in senso storico, poiché è lì che avrebbero avuto la loro prima formazione, non invece che essi siano ontologicamente privatistici, bensì appunto comuni senza ulteriori aggettivazioni. E ciò significa altresì che ogni istituto di diritto comune vive e si caratterizza, modulandosi, in relazione al sistema nel quale si inserisce: anche qui non è praticabile una trasversalità indifferente dell'istituto nel passaggio da un sistema all'altro ed è così del tutto naturale che per i cd. istituti di diritto comune si formino delle nomofilachie autonome, secondo ciascun sistema.

Ciò tuttavia presuppone che l'assetto delle qualificazioni, affinché una fattispecie o un istituto si ambienta in questo o in altro sistema, sia sempre messo o rimesso in ordine, poiché è attraverso questa passaggio che si separano pianamente le sorti delle diverse nomofilachie. Ed è proprio quello che è tradizionalmente avvenuto nella giurisdizione esclusiva con un'espansione delle qualificazioni pubblicistiche.

Quando invece non si procede ad un siffatto riassetto il problema del concorso nella nomofilachia riemerge inevitabilmente. È quello che sta avvenendo in questi anni con la responsabilità per i danni derivanti da rapporti di diritto pubblico. Vi è un'ontologia privatistica dell'istituto? Niente affatto, come dimostra il caso francese. Se dunque l'ordinamento ha assegnato tale rimedio al giudice amministrativo occorre, come si è più volte suggerito, che, in parte qua, l'istituto comune della responsabilità si ambienta pienamente nel sistema giuspubblicistico e assuma le vesti di una responsabilità di diritto pubblico. Incomprensibilmente invece la giurisprudenza amministrativa, in luogo di separare i forni, continua a configurare il rimedio risarcitorio, rimesso alle sue cure, in termini privatistici, lasciando in campo un disallineamento sistematico ed una inevitabile concorrenza nomofilattica con la Cassazione.

3. Un'ultima questione riguarda la possibilità per le Sezioni unite di sindacare la qualificazione, come interesse di fatto o come interesse giuridicamente rilevante, effettuata dal Consiglio di Stato.

Due cari Colleghi amministrativisti, la Prof. ssa Maria Alessandra Sandulli e il Prof. Fabio Francario, sempre nel contesto del citato convegno, insistono sull'idea che ciò sia possibile, osservando, rispetto al caso Randstad, che il Consiglio di Stato si sarebbe sostituito al legislatore (qui quello UE) e la relativa pronuncia si sarebbe sostanziata in un diniego di giurisdizione. Se ne trae così la conclusione che male avrebbe fatto la Cassazione ad effettuare il rinvio al giudice UE, avendo potuto invece pacificamente decidere da sé la questione, perché appunto traducendosi in un diniego di giurisdizione.

Il Presidente Frasca invece parla al riguardo di *error in iudicando*, dunque non sindacabile dalle Sezioni unite, se non appunto accedendo alla (da Egli) auspicata dilatazione del significato dei motivi inerenti alla giurisdizione, intesi come anche comprensivi della violazione di leggi sostanziali.

Da parte nostra si condivide pienamente l'idea che si tratti di *error in iudicando*, poiché attinente al merito, così come del resto già sostenuto dall'antica dottrina (così ad es, Federico Cammeo: v. M. Mazzamuto, *L'eccesso...*, cit.) e così come del resto si ricava da ciò che fa normalmente la giurisprudenza civile quando, anche nel caso che ricorra invero un interesse di fatto, rigetta un'azione perché il diritto vantato non sussiste, pronunciandosi cioè sul merito e non dichiarando il difetto di giurisdizione. Ovviamente noi ne facciamo derivare una conseguenza opposta, rispetto a quella desiderata dal Presidente Frasca, e cioè che siffatte questioni dovrebbero considerarsi estranee alle questioni di giurisdizione.

Vero è tuttavia che una qualche tendenza a valutare la questione dell'interesse come questione di giurisdizione era già emersa negli anni settanta del secolo scorso nella giurisprudenza delle Sezioni unite, sino a culminare nel famoso caso di *Italia nostra*, nel quale, per la prima volta, il Consiglio di Stato riconobbe il *locus standi* ad un titolare di interessi diffusi, salvo poi dover subire la censura della Cassazione che annullò la pronuncia per “difetto assoluto di giurisdizione” (Cass. S.U., 8.5.1978, n. 2207). Veemente, contro siffatto orientamento, fu in quegli anni la reazione di Vincenzo Caianiello di cui si caldeggia la lettura (Id., *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 23; v. anche M. Mazzamuto, *L'eccesso...*, cit.).

Non si può al riguardo che confermare anche la nostra piena contrarietà. Uno degli aspetti più preziosi della tradizione graziosa e pretoria della giustizia amministrativa è l'ampiezza degli interessi ammessi alla tutela, rispetto all'elenco più ristretto di interessi giuridicamente rilevanti della tradizione privatistica: basti ricordare che Laferrière nel suo famoso trattato di giustizia amministrativa riteneva sufficiente anche un semplice interesse morale. Si sono già costruiti nel XIX sec., quando la giustizia graziosa assunse la formale veste giurisdizionale, tanti artifici, come ad es. gli interessi occasionalmente protetti, per giustificare il perpetrarsi di questa tradizione. Ma si tratta appunto di artifici: invero non vi è mai stata in ciò alcuna base normativa, bensì si trattava e continua a trattarsi, senza mai addivenire ad un'azione popolare, di una largheggiante selezione equitativa degli interessi da parte del giudice pretore.

Non bisogna lasciarsi traviare dal fatto che nel caso Randstad sia accaduto il contrario di quanto era avvenuto nel caso Italia nostra. Ciò è dovuto soltanto al fatto che in questi anni il giudice amministrativo è stato violentemente additato, specie nel settore degli appalti pubblici, come un impaccio all'azione pubblica e allo sviluppo economico, ed è stato costretto, tradendo in parte (e si spera temporaneamente) la sua tradizione, ad usare la leva della legittimazione per ridurre il contenzioso.

16 marzo 2022

Se sul piano sistematico si volesse legare il giudice pretore ad espresse qualificazioni normative degli interessi giuridicamente rilevanti o lo si volesse al riguardo sottoporre ad uno stringente controllo della Cassazione, più legata ad un giuspositivismo legislativo e ad una tradizione, quella privatistica, caratterizzata da un catalogo più ristretto degli interessi giuridicamente rilevanti, si porrebbero le condizioni per una caduta verticale della tutela.

E la nostra Costituzione ha certo confermato il giudice amministrativo, volendo consapevolmente salvare, anche per tale aspetto, una gloriosa tradizione di protezione dei cittadini di fronte ai pubblici poteri.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Giustizia e comunicazione, n. 2366 – 29 giugno 2022

Derrida, il giudice, il fare giustizia

di Giancarlo Montedoro

Leggendo *Justices* si scopre la solitudine del giudice, la solitudine che comporta il fare giustizia.

Si tratta di un libretto di Jacques Derrida.

Esemplare piccolo saggio per un'analisi Law and Literature.

È la traduzione del testo di una conferenza pronunciata presso l'Università della California, Irvine, il 18 aprile 2003 al colloquio "J" *Around the work of J. Hillis Miller*.

Un omaggio al filosofo ed amico J. Hillis Miller fatto con tono di sincera ammirazione ed empatia che caratterizza l'opera di Derrida sempre connotata da espressioni affettive e scavi filologici che muovono alla scoperta del lato emotivo dell'uomo.

Miller è stato collega di Derrida nell'insegnamento universitario, era un critico letterario, famoso negli States, della scuola degli Yale critics di cui è stato esponente anche Harold Bloom.

Derrida – amico di Miller - si interroga sull'Io di Miller e così attraverso l'amicizia scopre l'essenza della giustizia.

Quasi a volersene appropriare come di un altro se stesso, Derrida si chiede quale gusto avesse Miller per se stesso.

Cosa si prova ad essere Miller?

Cosa pensava Miller del suo Io?

Un interrogativo sull'Io, simile a quello di Rimbaud, per cui Io è un altro. Io is another one.

Derrida cerca Miller, e, nel cercarlo diviene Miller per non tradirlo e non sentirsi tradito dall'amico.

Miller sempre sfugge. Miller va reso presente con le parole per rendergli giustizia.

Un io è sempre una responsabilità. Così – dice Derrida – opera la legge, il diritto, la giustizia.

A partire dall'Io ma da un Io aperto, un Io che è cancellato (magari solo temporaneamente) per risolversi nell'Altro.

Miller appare a Derrida – giusto a sua volta perché empatico ed amante della amicizia e della singolarità - un giusto.

Uno che rende giustizia ai testi. Rende giustizia ai testi perché li decostruisce.

L'analisi del libro di Miller *The disappearance of God* (un libro dedicato all'analisi del poeta vittoriano Hopkins ma questo poco importa) conduce Derrida a scoprire che Miller era alla ricerca del fondamento teologico mistico dei poeti interpretati, della loro *Haecceitas* nel senso di Duns Scoto.

La decostruzione, in questa logica, si rivela una lettura “errante” dei testi, volta non alla ricerca di una sola unica interpretazione come giusta e corretta, ma come ricerca (lettura) aperta all'errore, alla possibilità del fraintendimento, alla dinamica consapevole che il testo è vertigine che non conduce a nessuna origine.

L'origine essendo poi l'autore, impossibile da cogliere nella sua singolarità.

Il testo perde il suo primato e diviene l'occasione per l'apertura del gioco interpretativo, inteso come gioco parassitario, non solo nel senso che il parassita si appropria di una cosa/casa che non gli appartiene ma anche (e soprattutto) nel senso che il parassita è compagno nel pasto, in una posizione insieme di prossimità e distanza, somiglianza e differenza, interiorità ed exteriorità rispetto all'autore del testo “parassitato”.

Uno scambio di ruoli fra l'interprete e l'autore del testo (fra il giudice ed il legislatore diremmo da giuristi) che appare spaesante ma è inevitabile perché sempre sotteso *all'ars interpretandi* nel suo processo di aporetica mimesi e distanziamento agonistico.

Lo scambio (possibile – inevitabile) fra giudice e legislatore insito in ogni atto interpretativo è il grande rimosso della metodologia giuridica gius-positivistica.

La decostruzione non si presenta tuttavia come una metodologia alternativa.

Non è una teoria, non è una critica, non è un'analisi, nemmeno un metodo, è qualcosa che avviene. Solo avviene. Come la psicanalisi.

È il soggetto *ça déconstruit* che pratica la decostruzione anche senza saperlo, la fa.

Questo è il giusto.

Uno che ha il gusto di se stesso, una virtù certamente, un senso esemplare della responsabilità davanti agli altri ed alle loro opere.

Solo chi ha gusto di se stesso è responsabile si presenta come responsabile.

Responsabile è chi rinuncia a se stesso. L'amore – dice Derrida – è l'accordo di due rinunce per dire l'impossibile.

La giustizia, pur meno radicale dell'amore, è fatta dello stesso gesto di rinuncia, è impastata della stessa materia.

E rinuncia a se stesso chi è soddisfatto di se stesso. Non certo il “risentito” della schiatta dei personaggi nietzschiani – dostoevskiani che imperano nel nostro tempo.

Questo è un dono, essere giusti.

La giustizia in questo eccede il diritto, si pone al di là del diritto.

Il diritto come sistema di leggi, mantiene il suo legame con la forza.

Nel cuore del diritto – dice Derrida – nel testo “Forza di legge” leggendo passi di *Zur Kritik der Gewalt* di Benjamin, c'è una forte ambiguità legata all'utilizzo della violenza.

O anche del calcolo, del diritto calcolabile – weberiano - inteso, nel suo complesso, come sistema di pesi e contrappesi, atto a garantire misura e proporzione.

Ma nella violenza sottomessa alla legge e nel calcolo dell'operare del macchinismo giuridico si cela spesso l'insidia – quasi un residuo non scontabile - della violenza originaria, della *lex talionis*.

La giustizia va oltre la violenza ed oltre il calcolo.

Essa è incalcolabile, non segue nessuna regola, nessun equilibrio.

Rende a ciascuno il suo ma seguendo la logica paradossale del dono, senza scambio, senza contro dono, senza debito, senza restituzione.

La giustizia è nella decisione, nella sua gratuità, nella sua immedesimazione nell' Altro (levinassiano) nel tentativo (sempre parziale , sempre umano) di conciliare universalità e singolarità.

La giustizia non è legalità.

Crea regola (ma non nel senso che fuoriesce dalla cornice legislativa) ma nel senso che rende giustizia a ciò che è singolare (rimanendo nella cornice, nel carapace linguistico della legge,

nel suo esoscheletro ha detto Antonello Cosentino in un recente interessante dibattito promosso dalla Rivista dedicato al saggio di Tomaso Epidendio).

La giustizia è la legge della singolarità.

La legge della singolarità è la misura della nostra libertà.

La giustizia è quindi (anche) l'esperienza dell'impossibilità, della sua impossibilità.

E la conferma della (nostra) solitudine (come uomini, come giudicati, come giudici).

La giustizia è sempre a –venire, mai realizzata.

Il suo tempo è messianico.

La giustizia richiede un perenne senso di inadeguatezza.

Perennemente aperta, è una “veglia” sulla nostra universalità.

È al fondo, apocalittica.

Comunque connessa ai libri sacri dai quali procede (una parola Dio ha detto, due ne ho udite ; per arrivare all'uno occorre saper contare fino a due, ha detto, in lode del pluralismo, Barbara Spinelli commentando il Salmo 62).

Il diritto – fatto di materiali politico economici – è decostruibile. Va decostruito.

La giustizia – pur consistendo nella decostruzione (del diritto) – non è decostruibile.

Questo atto ginnico/gnomico aporetico e paradossale nel che consiste la giustizia deve le sue caratteristiche al fatto che si confronta con l'unicità dei singoli , con la loro insostituibilità, con la loro verità profonda, con quello *in-scape*, (il termine *inscape* viene usato dal poeta inglese Gerard Manley Hopkins, per definire quel complesso di caratteristiche che conferiscono unicità ed esclusività ad un'esperienza interiore individuale) che è l'oggetto oltre che della poesia, della ricerca critico-letteraria che la poesia ricrea.

La giustizia è così praticata dal giusto in modo quasi naturale.

Il giusto è chi pratica la giustizia.

Ma la tensione fra il soggetto e la sua azione è sempre una ricerca irrisolta.

La giustizia è perfezione cercata ma anche finita, iniziata ma anche giunta al termine, è il risultato ma anche il muoversi per raggiungerla, quindi la distanza che perennemente segna il soggetto che la cerca ed il compimento dato dall'atto che decide.

La giustizia rende a se stessa la forma di ogni creatura o ambisce a renderla, nella letteratura e nel diritto.

È un universale che non annichilisce, ma al fondo della scoperta dell'unicità, appare la solitudine dell'uomo, non mitigata nemmeno dalla trascendenza, perché poi – a ben vedere – la solitudine dell'uomo – dice Derrida leggendo Miller - è la solitudine di Dio.

Entrambi giusti ma entrambi soli.

Entrambi simili, creatori nel segreto incomunicabile di un'istante che possiamo anche pensare eterno.

La giustizia non si riferisce a norme calcolabili, si è giusti come si respira, per essenza, in modo spontaneo, liberamente come il fiume che scorre dalla fonte al mare.

La giustizia è immanente ed emanante.

Essa si irradia e, nello stesso tempo, non può essere compresa fino in fondo, per la sua connessione al singolare, per l'abbandono necessario della pretesa del Logos, della verità.

La giustizia è questo abbandono (relativo ma ineludibile) del Logos.

E si torna all'umiltà. Ed al mistero.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2331 – 18 maggio 2022

La proprietà pubblica: oblio di un concetto

di Giancarlo Montedoro

Che fine ha fatto la proprietà pubblica?

Se lo chiede un libro di Paolo Maddalena “La rivoluzione costituzionale – Alla riconquista della proprietà pubblica”, un libro sincero ed appassionato, franco al limite della durezza come si conviene ai testimoni del nostro tempo (specie se lungamente impegnati nel difficile mestiere del giudicare).

La rivoluzione costituzionale è ovviamente un ossimoro.

Ma nemmeno tanto a ben vedere, sempre la nozione di Costituzione si muove fra potere istituyente o costituente e potere istituito o costituito, sempre c'è nella vita sociale e del diritto la perenne dialettica fra movimento ed istituzione.

Quanto poi alla rivoluzione che ha condotto all'adozione della nostra Carta Costituzionale essa è stata sempre vista nostalgicamente alla luce della esperienza repubblicana come una “rivoluzione tradita” e dai laudatores temporis acti, alla luce dell'esperienza pre-repubblicana, al più come una illusoria “rivoluzione promessa” (ma, si sottintendeva, difficilmente attuabile).

Quindi l'accostamento della parola rivoluzione e della parola Costituzione non è un azzardo ed ha numerosi precedenti.

Il libro coglie una questione che è al cuore del progetto moderno: il deperimento della sfera pubblica. E – con essa – il deperimento della proprietà pubblica.

La crisi del demanio.

Le tante crisi drammatiche, tragiche che si affacciano sul teatro della storia (dalle crisi ambientali a quelle finanziarie fino ad alcuni conflitti bellici che ritornano nel cuore dell'Europa) ne sono il portato ed il sintomo.

Il libro è un j'accuse - la lettera di Zola del 13 gennaio 1898 metteva sotto accusa un sistema militare e giudiziario - in questo caso è un esponente della magistratura prima contabile e poi costituzionale, dedicatosi per anni allo studio del diritto romano e poi del diritto ambientale, a criticare l'assetto di tutto un sistema giuridico, interrogandosi sullo stato di salute della proprietà pubblica come vicenda paradigmatica per comprendere gli esiti del progetto moderno.

Il libro è una lamentazione, nel solco di una letteratura intera dal profeta Geremia a Giobbe e Kafka.

Geremia lotta con Dio quando grida: "Perché le cose degli empi prosperano? Perché tutti i traditori sono tranquilli?" (Ger. 12, 1.3).

Giobbe lotta per avere un Dio vicino (a volte disperiamo di ciò) e sperimenta l'assoluta vanità dell'innocenza personale (l'esito bellico del capitalismo finanziario deregolato assume l'aria del già visto alla luce delle Scritture così come l'inanità degli sforzi personali e collettivi per la tutela della sfera pubblica di fronte allo scatenamento degli egoismi incontrollati è).

In tutti i racconti di Kafka la giustizia è un'entità lontana ed inaccessibile, remota ed incomprensibile.

La lamentazione ha una tradizione anche musicale.

Le lamentazioni fanno parte delle nuove tendenze cinquecentesche che mostrano una particolare attenzione al rapporto tra musica e poesia. I musicisti in questo periodo cercano di dare visibilità sonora alle parole. Grazie a particolari procedimenti compositivi, riescono a trasporre musicalmente o addirittura graficamente, il significato del testo poetico nelle loro composizioni.

Un esempio molto famoso di lamentazione è l'aria (una delle mie preferite) "When I am laid in earth", tratta dall'opera "Dido and Aeneas" (1689) di Henry Purcell (1659-1695). Qui compare il tetracordo cromatico discendente (sol - fa# - fa - mi - mib - re) che è ripetuto incessantemente e attorno a esso si muove l'intera aria.

Per questo particolare esempio possiamo già parlare di aria-lamento, cioè un pezzo musicale con una sua autonomia, aderente alle esigenze del testo. La voce di un solista si erge su un accompagnamento strumentale e attraverso questo monologo sonoro il cantante dilata il tempo della rappresentazione ed esprime la sua dimensione interiore.

La lamentazione per la privatizzazione del mondo dispiegata in analisi storica delle dinamiche giuridiche della proprietà; questo offre il libro.

Una sorta di generale sguardo sul complessivo abbandono di strade ragionevoli.

Ma la lamentazione di un giurista non sarebbe sufficiente.

Un giurista (e Maddalena tale è) deve saper indicare strade.

La strada è l'impegno civile.

Un libro di impegno civile che fa pensare a Rousseau al Discorso sull'origine della disuguaglianza, a quell'apologo sulla nascita del possesso e della proprietà come origine dell'infelicità umana.

Va letto così come un libro testimonianza, un libro accusatorio.

La posizione assunta è coraggiosa: essa presuppone che siano fatti i conti con la funzione dell'intellettuale nel mondo della finanziarizzazione dell'economia, della tecnicizzazione del sapere, del conflitto generalizzato e caotico che dissolve gli Stati e li ricrea.

Una funzione – quella intellettuale – in via di deperimento, assediata come è dal muoversi di potenti organizzazioni di comunicazione create per la manipolazione del consenso e la passivazione delle masse, ultimo triste esito del Soggetto moderno, prefigurato dai francofortesi (analizzando il mondo dell'opinione pubblica travolto dalla dottrina Goebbels).

La dottrina manipolatoria delle masse che dilaga nell'assenza o nella vacanza dei moderni soggetti del pluralismo sociale (partiti organizzati, sindacati, organizzazioni religiose, uniche queste ultime a resistere con dignità ma purtroppo senza ricucire un afflato ecumenico che sia in grado di frenare l'involuzione in atto) e nell'insorgenza di nuovi populismi e di tecniche digitali disumanizzanti.

Naturalmente il giurista è un intellettuale specifico, poi quando si tratta di un magistrato o di un ex magistrato (e giudice costituzionale) è pacifico che il ruolo incontri i limiti del riserbo e del dover evitare uno schieramento aperto per specifici partiti, senza rinunciare ad un'etica dell'impegno che è la sola che può vivificare la professione, evitando che scada nel mero problem solving.

Per il magistrato il magistero intellettuale non può non essere tutto nel riferimento alla Costituzione.

Una Costituzione che va riletta oggi – realisticamente – nel quadro del globalismo (di cui l'autore evidenzia tutti gli squilibri).

Il problema della de-territorializzazione del diritto, della nascita di un diritto privato globale (anche detto *lex mercatoria* per le intuizioni di Francesco Galgano) e poi di un diritto globale senza Stato, basato sulla sola dinamica e primazia dei diritti individuali ed economici.

A queste dinamiche arcinote si accompagna la crisi del costituzionalismo e dei partiti che ne sono stati il motore ed il soggetto.

Ai partiti spettava un ruolo di direzione intellettuale e morale che è andato perduto.

Una tragedia moderna.

L'economico ha finito con il prevalere sul politico.

La globalizzazione – per i più - è accettata come un dato e non vissuta come un problema.

Ed eccoci qui di fronte a catastrofi che non casualmente si succedono, non cigni neri, ma eventi a lungo preparati e ben comprensibili che dovremmo capire nella loro interna logica se vogliamo realmente difendere le società aperte, le società decenti.

Si tratta del portato di una sorta di “pensiero magico” che ci ha infettato le menti.

Un pensiero che si stende su di noi come una cappa opprimente. Una cappa che svuota tristemente la modernità.

La politica ha perso la sua capacità di esercitare un ruolo direttivo intellettuale e morale sulla vita e sulle società.

La crisi del costituzionalismo è insieme crisi dei partiti e crisi dello Stato; da questa consapevolezza, approfondendo il solco della riflessione del pensiero novecentesco della crisi (Kelsen – Schmitt – Santi Romano) ora emerge l'economico come dato insuperabile mentre dovremmo vederlo come problema e quindi come dato – certo – ma governabile.

Ossia dovremmo iniziare a domandarci: quale globalizzazione è desiderabile (prima di metterla rapidamente in soffitta rimpiazzandola con chiusure nazionalistiche e guerre)? Quale declino (se declino ormai sembra il destino dell'Occidente) ? con quali vinti e quali vincitori? Siamo ancora in tempo per una globalizzazione ben temperata che non soffochi le sfere pubbliche nazionali e per questo motivo non determini reazioni antiliberali?

La post-modernità è stata spesso funestata da un pensiero unico (questo Maddalena lo mette bene in evidenza nel capitolo sul contesto finanziario e globale connotato dal pensiero neoliberista che Todorov chiamava neo-totalitarismo liberale).

Tale pensiero ha improntato le politiche economiche, in risposta alla crisi fiscale dello Stato (cfr. Buchanan e Wagner, *La democrazia in deficit – L'eredità politica di Lord Keynes*) costruendo una logica onnipervasiva del sacrificio che, peraltro, non ha esitato a continuare a far debito nel tentativo di comprare tempo.

Lo vuole l'Europa è stato il mantra e così, dai famosi parametri macroeconomici di Maastricht (60% nel rapporto debito/PIL 3% del deficit), sono fiorite molteplici conseguenze costituzionali in forma di regole di bilancio precipitate - attraverso gli obiettivi di medio termine, che disegnavano la marcia di avvicinamento a detti parametri - nel calcolo del deficit c.d. strutturale mediante sofisticati strumenti come l'output gap ce rendono le politiche dipendenti dal calcolo tecnico e svuotano dall'interno le possibilità di politiche democratiche (peraltro spesso improntate solo ad assecondare i desideri della propria constituency).

Ormai è un ricordo la lunga marcia dei trenta gloriosi, la lunga vicenda dell'attuazione costituzionale italiana (la Costituzione è in gran parte fuori centro nel mondo post - ideologico e post-partitico).

Si succedono – Maddalena lo ricorda citando Luciano Gallino – “privatizzazioni”, “modernizzazioni”, “aziendalizzazioni”, sistematiche politiche di svalutazione del lavoro (fondamento della Repubblica).

La partita tuttavia è ancora aperta.

La storia è sempre aperta.

Comprendere la fase che stiamo attraversando per viverne le contraddizioni.

Ordine e caos si fronteggiano (lo abbiamo scritto nel testo Il diritto pubblico fra ordine e caos).

Se la crisi del '29 è stata crisi di sovrapproduzione, quindi dell'economia reale la crisi del 2007 – 2008 è stata in origine crisi finanziaria poi comunicatasi all'economia reale.

La crisi del 2007-2008 non ha trovato risposte sistemiche (una risposta sarebbe stata l'adozione del c.d. global legal standard elaborato dal Ministro Tremonti alcuni anni fa se il G20 l'avesse adottato e poi implementato ma i tempi non erano maturi e si preferì una politica dei due tempi , salviamo le banche prima e riformiamo il sistema poi e l'unione bancaria attende ancora di essere completata mentre l'UE è investita ormai da venti di guerra).

Si verifica quindi ancora la profezia marxiana che è lode al capitale “ Tutto ciò che è solido si dissolve nell'aria”.

Le forme giuridiche dominanti sono quelle del capitalismo finanziario: le scommesse (studiate da Luca Buttaro mio indimenticato maestro di diritto commerciale), i derivati conformati da troppo scarsi limiti, ma investiti dalla giurisprudenza amministrativa che ha ammesso come legittime forme di autotutela su detti contratti quando sperequati a danni del pubblico erario.

Occorre continuare a produrre una critica del paradigma neoliberista (niente affatto liberale) per approdare ad una sorta di liberalismo non aggressivo come orizzonte del futuro.

Le democrazie sono forti perché (e quando) sanno autocorreggersi.

Occorre vedere ostinatamente il lato oscuro delle cose.

Ed allora sia chiaro che il paradigma neoliberale viene veicolato in molti modi ed in un processo complesso che qui si ricorda sinteticamente per punti:

1 - Il centro dell'ordine economico europeo è la UE – ordinamento incompleto (singolare esperimento di una burocrazia, di un'amministrazione, che tenta di farsi costituzione), tecnocratico, con deficit democratico, peraltro anche connotato da veti paralizzanti, a

dominanza tecnico-scientifica e intergovernativa connotato dal modello della governance che significa spesso dominio di potenti lobbies economiche nella regolazione;

2 - La suddetta UE è passata da forme di integrazione attraverso il diritto (la giurisprudenza della Corte di Giustizia dal caso Costa Enel in avanti) a forme di integrazione attraverso la moneta, ma non è riuscita a realizzare, purtroppo, una unione attraverso la politica;

3 - La mancanza di integrazione politica si accoppia ormai alla mancanza di integrazione sociale nelle nazioni europee più deboli;

4 - La troppo rigida primazia del diritto UE – di impronta tecnicizzante – e la sua invadenza sono evidenti, marginalizzando i Parlamenti nazionali e mortificando il principio di sussidiarietà;

5 - L'ordine giuridico del mercato (Irti) è affidato al solo diritto dei contratti e della concorrenza (troppo poco ma è quello che è possibile quando l'economico domina il politico) e la costituzione economica è pensata come una sfera separata di rapporti, autonomizzati dalla restante parte della Carta fondamentale;

6 - Le libertà economiche – sacrosante ovviamente – sono uno strumento di ridisegno anche fiscale e di armonizzazione (senza direttive) dei diversi ordinamenti nazionali;

7 - La concorrenza smantella gli aiuti di Stato e gli investimenti pubblici devono rispettare il principio (criterio) dell'investitore privato principio che evita sprechi ma può condizionare le politiche sociali;

8 - Si sancisce la neutralità dei regimi proprietari (proprietà pubblica e proprietà privata vengono equiparate nelle politiche di concorrenza) con il risultato di rendere invisibili i beni pubblici confinati in una regola di indifferenza che li penalizza (le spiagge contano per fare sacrosante gare ma la loro disciplina dovrebbe anzitutto essere disciplina di usi del territorio a favore delle popolazioni oscurata dalla concorrenza per un mercato dei beni);

9 - Il dialogo fra le Corti – fino a quando non saranno rivisti a fondo i presupposti della giurisprudenza CILFIT – appare a dominanza della Corte UE con conseguente rischio di trasformazione del dialogo in monologo che schiaccia i margini di apprezzamento dei giudici nazionali;

10 - L'inter-legalità è una prospettiva oggetto di studio ma ancora di Là da venire;

11 - La prospettiva analizzata da Teubner (Conflitti costituzionali) appare irenica e svaluta eccessivamente il ruolo del diritto pubblico confidando in un ruolo costituente della lex mercatoria;

12 - Più praticabile e realistica la prospettiva delineata di Azzariti che passa attraverso una costante e progressiva rivalutazione delle costituzioni nazionali, per l'elaborazione di un'Europa politica fondata sul patrimonio costituzionale comune e non sul diritto dei mercati.

Il libro di Maddalena analizza questi processi di privatizzazione del mondo, la finanza creativa, i derivati, la finanziarizzazione dei mercati, i meccanismi di superamento delle imprese pubbliche, le privatizzazioni, liberalizzazioni e delocalizzazioni parlando di sistema “predatorio” neoliberista e della necessità del ritorno ad un sistema keynesiano (ritorno delineato, con molta pragmatica prudenza anche da Giuliano Amato in “Bentornato Stato, ma...”, breve interessante saggio appena uscito quest’anno).

A volte Maddalena mostra troppa fiducia nella democrazia dal basso (mitizzando la nozione di “popolo” talvolta scritto con la maiuscola come un tributo al titolare della sovranità cfr. pag. 47): chi scrive ritiene che la democrazia sia un delicato ed imperfetto sistema di pesi e contrappesi (checks and balances) per porre limiti al potere ma soprattutto un sistema per scegliere delle elite governanti, con un processo aperto, connotato dalla presenza dei partiti e non incentrato sulla democrazia diretta (che pure può essere utilizzata ma senza abusarne).

Ma l’evocazione del popolo (ossia di tutti i cittadini) a ben vedere si lega, nella riflessione di Maddalena, al ruolo della proprietà pubblica, vera e propria cenerentola di questi anni.

Il demanio è dimenticato.

Esso è stato fatto oggetto di politiche di dismissione.

Non è più nemmeno tanto studiato dal punto di vista teorico (si rinvia per questo al nostro “Alla ricerca del demanio perduto ovvero le vicende della proprietà pubblica fra Stato e regioni” in AA.VV. La demanialità fra presente e futuro, pubblicazione dell’Istituto Veneto di Scienze lettere ed arti del 2015 dovuta all’intelligente e profondo sguardo di Luigi Garofalo, coltissimo romanista, appassionato lettore dei giuristi della crisi e curatore della pubblicazione e degli atti del convegno ospitato allora dall’Istituto).

La strada per recuperare è la ricostituzione del patrimonio pubblico e non la teorica dei beni comuni secondo Maddalena privi delle caratteristiche di inalienabilità, inusucapibilità e inespropriabilità che hanno pur sempre i beni demaniali.

La parabola della teorica dei beni comuni, intesi come beni che si collocano oltre il pubblico ed il privato, vede i beni demaniali sparire, come fu proposto dalla Commissione Rodotà (ben al di là delle convinzioni del grande studioso secondo Maddalena avendo Rodotà solo preso atto dell’orientamento della maggioranza dei membri della Commissione nominata dal Ministro Mastella) per essere attribuiti a privati o pubbliche amministrazioni che possono alienarli.

Un esito da evitare – secondo l’autore - attraverso i rimedi azionabili anche in sede giudiziaria espressivi del diritto di resistenza di dossettiana memoria (diritto che viene suggellato dall’esistenza di un giudice delle leggi) le quante volte scelte legislative risultino effettuate irragionevolmente a detrimento del patrimonio pubblico e dei beni demaniali.

Non resta che augurarsi che ad una scelta oppositiva – che sovraesponde la giurisdizione e non è alla lunga sostenibile, segua – finalmente – una politica resipiscente.

In tal senso l’alternativa “diritto o barbarie” posta dall’ultima riflessione di Azzariti passa necessariamente per il ritorno ad una buona politica, anche a livello sovranazionale.

18 maggio 2022

Una buona politica non può non restaurare il demanio e curare beni culturali e paesaggio.

Il conflitto bellico nato nel cuore dell'Europa non ci fa nutrire in proposito molte illusioni, ma compito dell'intellettuale è mantenere la lanterna nella notte.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2377 – 22 giugno 2022

Paesaggio, ambiente, territorio: il binomio tutela-fruizione dopo la riforma costituzionale*

di Giancarlo Montedoro

Sommario: 1. Un po' di storia - 2. La Costituzione nel suo testo originario e la riforma del Titolo V - 3. L'attuazione costituzionale fra speculazione e ricomposizione - 4. La recente riforma della Costituzione in materia di ambiente: alcune domande scomode.

1. Un po' di storia

La vita è metamorfosi.

Ogni nascita – ci dice E. Coccia il sociologo italo francese nel libro *Metamorfosi* – è un nuovo che emerge (nell'oblio di ciò che è stato nel ventre materno) ma è anche un futuro che si perde in un passato senza limiti.

Ogni conservazione è giudizio sulla fruizione (incompatibile con essa).

Ogni fruizione (compatibile con la conservazione) ha dentro di sé il problema del limite dato dall'eredità materiale ed identitaria su cui agisce.

Ogni sentimento del passato è apertura al futuro. Ogni futuro – fatto in un certo modo e non in altro - è reso possibile (e condizionato) da ciò che eravamo prima della sua apparizione.

Nascere non è altro che questo l'impossibilità di essere al di fuori di un rapporto di continuità fra il nostro io e l'io degli altri, tra la vita umana e quella non umana, tra la vita umana e la materia del cosmo.

Sono lieto di essere qui a Capri a celebrare un anniversario importante.

Il primo convegno dedicato al paesaggio in Italia si tenne a Capri il 9- 10 luglio del 1922 organizzato dal Sindaco di Capri Edwin Cerio e con il sostegno di due numi tutelari come Giovanni Rosadi, allora Sottosegretario alle belle arti e Luigi Parpagliolo (nonno della cantante Giovanna Marini), vero e proprio pioniere del diritto del paesaggio in Italia, allora vice direttore generale alle belle arti.

A Capri da sempre trionfa la bellezza. Quindi mi sento confortato.

Nel congresso del 1922 fu presentato un ordine del giorno da Filippo Cifariello, Luigi Parpagliolo e Filippo Tommaso Marinetti, intellettuale e poeta futurista.

Si voleva coniugare la bellezza (la sua tutela) con il presentismo e con futurismo attraverso lo “stile pratico” in grado di tenere insieme l'essenza del profilo insediativo nella natura con le esigenze della vita moderna.

Siamo ancora – mutatis mutandis – allo stesso punto.

Conviene riportare quell'ordine del giorno (tratto dal bel libro di Paolo Passaniti Il diritto cangiante. Il lungo Novecento giuridico del paesaggio italiano, Milano 2019 pag. 56 nota 104) : “ Il Convegno deplorando le continue deturpazioni commesse a danno del paesaggio italiano esprime il voto che , in relazione alla legge per la tutela delle bellezze naturali ed in ossequio ai criteri informativi della Legge comunale e provinciale e ed ai recenti responsi della giurisprudenza, i regolamenti edilizi ed i piani regolatori, riconoscendo i bisogni della vita moderna ed adoperando nuovi materiali e metodi di costruzione, debbano rispettare l'ambiente ed intonarsi al paesaggio locale.”

Conservazione e trasformazione sono declinate insieme in questa prospettiva, conciliata e conciliante.

Lo stesso paesaggio è prodotto della cultura, di una cultura agraria che ha agito per secoli sul territorio, essendo evidente che in Italia non abbiamo i grandi spazi di natura incontaminata che sono presenti nel nuovo mondo (in Canada e negli Stati Uniti) dando vita alla tutela dei parchi naturali come luoghi di wilderness di ecologia profonda, integrale, di recupero di una dimensione di rapporto con la natura che – come insegna Rousseau l'uomo moderno ha del tutto perduto a favore della propria dimensione sociale – artificiale (frutto di infelicità connotata come è dalla logica proprietaria) .

Conviene – prima di definire gli oggetti della tutela e della fruizione – fare, sinteticamente, un po' di storia in ciò aiutati dal citato libro di Passaniti.

L'Italia all'origine è Italia dei Comuni.

Basta guardare un centro storico medioevale per vederne l'armonia architettonica.

Si tratta di una concezione dell'urbe, ispirata ad un'idea di coralità, frutto della dominanza della concezione etica e religiosa del cristianesimo medioevale.

Una piazza, una cattedrale, più chiese (se ci sono più confraternite), un'idea di comunità calda che si riflette nella concezione dell'abitare improntata ad una pianificazione spontanea e vivente nella quale ogni elemento si collega ad un altro.

Non emerge, a questa altezza della storia, alcuna esigenza di tutela del paesaggio poiché il territorio circostante è fuori dalle mura cittadine concepito come ambiente ingrato ed ostile o come ambiente asservito, mentre all'interno della cinta urbana regna l'ordine al quale si aspira (per salvarsi dalla selva oscura).

L'idea di tutelare il paesaggio nasce con il terribile diritto (Rodotà), ossia dalla tutela ottocentesca della proprietà liberale svincolata dall'insieme che la contiene, proprietà intesa (alla Locke) come frutto del lavoro dell'uomo e dell'individualismo e della divisione del lavoro o (alla Rousseau ; il Rousseau del Secondo discorso sull'origine ed i fondamenti della disuguaglianza fra gli uomini) come frutto di un'ambizione divorante che ha in sé una capacità distruttiva e che costituisce la radice dell'infelicità dei moderni.

Infatti è allora che si verifica un divorzio fra il diritto di trasformare (legato alla proprietà come diritto soggettivo assoluto ed incondizionato) e la natura che viene assoggettata violentemente al disordine (vitale) dell'industrialismo.

Per lungo tempo domina la questione della fuoriuscita dal medioevo.

Si liquidano gli usi civici – interminabile partita che conosce una revisione nei tempi di oggi con i domini collettivi (legge 20 novembre 2017 n. 168) – e si approva alla fine di un lungo percorso di liberazione della proprietà individuale la legge del 16 giugno 1927 n. 1766. Ordine liberale, produzione statale del diritto, paesaggio agrario moderno, città da modernizzare, imprese manifatturiere agliesordi sono i processi che connotano la nascita dello Stato italiano nel corso dell'Ottocento e impediscono di tematizzare la questione della tutela del paesaggio che va emergendo nella sensibilità grande-borghese solo con l'emergere della coscienza dell'esistenza di una questione sociale (v'è una storia parallela della legislazione sociale e della legislazione paesaggistica ambientale che non va trascurata: essa è parte della lettura critica del capitalismo, vicenda che connota tutta la storia dell'uomo occidentale).

I primi problemi sono dati dalle bonifiche delle paludi e dalla lotta al degrado igienico sanitario delle grandi città formatesi per effetto della concentrazione delle attività industriali.

L'accrescimento delle città, delle officine, delle strade, delle ferrovie e delle innovazioni agricole cominciano a trasformare lo scenario italiano e fanno emergere una sensibilità per i modelli europei.

La natura si rivela nella sua bellezza, come spettacolo, estetico-romantico e come speranza per un domani legato ad una vita più conciliata.

Sono chiare le radici culturali della tutela del Paesaggio.

La critica del giudizio di I. Kant in primo luogo, il testo nel quale egli tenta la conciliazione di necessità e libertà (di mondo della natura e mondo morale): conciliazione che egli trova nel bello.

Dice Kant: «Sebbene vi sia un incommensurabile abisso tra il dominio del concetto della natura o insensibile, e il dominio del concetto della libertà o il soprasensibile, in modo che nessun passaggio sia possibile dal primo al secondo (mediante l'uso teoretico della ragione) quasi fossero due mondi tantodiversi che l'uno non potesse avere alcun influsso sull'altro... tuttavia il secondo [il mondo della libertà] deve avere un influsso sul primo [il mondo della necessità], cioè il concetto della libertà deve realizzare nel mondo sensibile lo scopo [il fine] posto mediante le sue leggi e la natura deve poter essere pensata in modo che la conformità alle leggi che costituiscono la sua forma possa accordarsi con la possibilità degli scopi che in esse debbono essere effettuati secondo leggi della libertà».

Nel giudizio estetico si conciliano mondo naturale e mondo morale.

In questo senso per l'uomo occidentale la bellezza è sempre la via alla vita morale.

Il giudizio estetico che è soggettivo (occorre ricordarsene quando si pretende di sindacare con consulenze i giudizi dei Sovrintendenti) lo è poiché si basa sul sentimento del bello:

Permette di ritrovare una finalità negli oggetti belli, fa ritrovare al soggetto riflessa negli oggetti belli l'esigenza di finalismo, nel senso che gli oggetti belli sembrano essere fatti al fine di suscitare emozioni estetiche, di suscitare un senso di armonia in chi li contempla, quindi danno l'impressione di avere una finalità rivolta verso chi fruisce dell'opera d'arte, chi fruisce della bellezza, cioè verso l'osservatore, il soggetto.

Il culmine del sentimento del bello – da esso distinto – perché consistente nella sua vertigine (cara a Stendhal) è il sublime (Stendhal racconta così il Grand Tour: «Ero giunto a quel livello di emozione dove si incontrano le sensazioni celesti date dalle arti ed i sentimenti appassionati. Uscendo da Santa Croce, ebbi un battito del cuore, la vita per me si era inaridita, camminavo temendo di cadere.»).

Ancora Kant:

«Il sentimento estetico del sublime è un piacere o senso di esaltazione che segue a un senso di depressione delle nostre energie vitali. Il piacere del sublime è diverso da quello del bello; questo infatti produce direttamente un sentimento di esaltazione della vita; quello invece è un piacere che ha solo un'origine indiretta, giacché esso sorge dal sentimento di un momentaneo arresto delle energie vitali, seguito da una più intensa loro esaltazione». Il sublime è una bellezza che fa perdere i sensi e poi li rafforza.

Anche in Hegel troviamo radici ideologiche della giurisprudenza e della legislazione a tutela del paesaggio e dei beni culturali.

Nei lineamenti della Filosofia del diritto (1821) si trova la seguente frase: “I monumenti pubblici sono proprietà nazionale, vale a dire più propriamente, come avviene delle opere d’arte quando sono utilizzate, così anche i monumenti pubblici, finché sono abitati dall’anima della memoria e dell’onore, hanno il valore di fini viventi ed autonomi. Una volta abbandonati da quest’anima essi divengono... possessi privati adespoti ed accidentali, come ad es. le opere d’arte greche in Turchia”.

Altro fondamentale passaggio (ricordato da Settis) per la nascita della sensibilità borghese di tutela del bello è Ruskin (ricorda Passaniti anche il Ruskin del libro del 1862 *Cominciando dagli ultimi* *Unto this Last*, è un libro composto da quattro saggi di argomento economico precedentemente pubblicati su una rivista; in questo libro Ruskin critica la visione della natura umana tipica degli economisti, che riduce ogni movente all’avarizia, sostenendo che in realtà la volontà è piuttosto mossa dagli affetti).

Tra le frasi di Ruskin che hanno fatto la storia della tutela del paesaggio v’è quella ricordata da Robert de La Sizeranne in *Ruskin et la religion de la beauté* (1867): “il paesaggio è il volto amato della Patria.”

Il ritorno alla natura e la tutela dei monumenti come memoria appaiono legati nella costruzione di un’identità nazionale.

Il ritorno alla natura è poi antidoto agli eccessi della società industriale.

Cultura, natura intrisa di bellezza, tutela della salute ed uso corretto del territorio sono le matrici da cui diparte il più appassionante capitolo della storia del diritto amministrativo e europeo.

In Italia l’esordio è tenuto a battesimo dal Consiglio di Stato. Si tratta della storia della pineta di Ravenna.

Una storia fondativa – come quella del convegno di Capri – ma anteriore, essa va ricordata. E’ storiata al nome di Luigi Rava, ministro dell’Agricoltura nel 1905 promotore della legge di salvataggio della pineta di Ravenna 16 luglio 1905 n. 411.

Tutelata e conservata come argine all’aria malsana delle paludi che circondavano la città (infestata ancor oggi da zanzare notevoli) la pineta fu fino al 1836 di proprietà di corporazioni religiose.

Venne poi concessa in enfiteusi perpetua alle Canoniche Lateranensi di San Pietro in Vincoli e di San Lorenzo fuori le mura di Roma.

Il 4 settembre 1906 fu venduta ad un privato. Il Governo italiano impugnò la vendita la causa fu transatta ed il bene trasferito al Comune di Ravenna.

L’amministrazione comunale non si preoccupò affatto della salute della pineta ma iniziò una serie di atti di alienazione che misero a rischio i vincoli forestali con progetti di disboscamento.

Intervenire il Consiglio di Stato con la storica sentenza 22 dicembre 1881 che mantenne il vincolo forestale e respinse le ragioni dell'amministrazione comunale.

Rava con la legge del 1905 dichiarò inalienabili i relitti marittimi posti nella Provincia di Ravenna, pervenuti al demanio dello Stato in forza dell'atto di transazione 30 giugno 1904 fra il demanio e le signore Pergami Belluzzi.

Stabili un vincolo di destinazione finalizzato al rimboschimento.
Una legge provvedimento diremmo oggi, ma quanto coraggiosa.

La legge contiene un riferimento ad un concreto contratto e i cognomi delle parti.

La pineta era stata tutelata dai Brevi di Papa Sisto V del 1588 e del 1590 e dall'editto del delegato apostolico Cesare Nembrini Pironi del 1816 che tutelava la pineta "per la salubrità dell'aria che conserva nel suolo ravennate."

La pubblica igiene come matrice della legislazione di protezione paesaggistica.

Il diritto alla salute è un grande motore di queste vicende ci dice la storia, alla fine però la pineta viene conservata anche per la sua insigne bellezza dice uno dei giuristi ambientalisti dell'epoca il Falcone.

Altra figura chiave della storia della tutela è Giovanni Rosadi al quale si deve la legge 20 giugno 1909 n. 364 riguardante le cose immobili e mobili che abbiano interesse storico, archeologico, paleontologico o artistico.

Una legge che lasciava scoperte le bellezze naturali, specie quelle che non fossero connesse con la storia della cultura.

Si trattava di un passaggio difficile per la costituzione economica dello Stato liberale. Mariano d'Ameliosostenne che la legge del 1909 fosse applicabile a ville, giardini e parchi ove di interesse culturale o anche contemplati da citazioni letterarie.

Ma erano fuori le bellezze spontanee delle contrade, pur quando davano luogo a quadri di grande – vertiginosa - bellezza.

Il vuoto di tutela venne colmato dalla legge Croce (legge 11 giugno 1922 n. 778) in tema di tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico.

Cambiava la prospettiva.

Sempre si menzionavano anche gli interessi culturali ma il paesaggio veniva fatto oggetto di una considerazione autonoma.

Alla legge lavorò una Commissione presieduta da Giovanni Rosadi di cui faceva parte Luigi Parpagliolo.

Nasce il vincolo come dichiarazione di interesse pubblico e la tutela si declina nell'autorizzazione alla trasformazione.

La legge – disse U. Ojetti – “sembra più un sospiro che una minaccia” (per l’assenza di vere sanzioni) ma fu un salto in avanti enorme nel tutelare la bellezza come eccezione alla logica proprietaria ed industriale.

Nel frattempo nasceva – all’ombra delle fanciulle in fiore - il turismo grande borghese e si individuava una ragione economica alla tutela della bellezza naturale (occorre pensare che Benedetto Croce non fosse per nulla insensibile alle ragioni dell’industria turistica).

Poi abbiamo la legge Bottai n. 1497 del 1939 (e la gemella legge n. 1089 del 1939 di Tutela delle cose di interesse artistico e storico).

Sono complesse le ragioni di continuità – discontinuità fra i due corpi normativi.

I quadri di insieme sono il fulcro della nuova disciplina che aveva avuto il suo antecedente nella volontà del regime di bloccare la speculazione edilizia ad Ischia.

La legge Croce era giudicata provvida ma insufficiente, specie nel tutelare le bellezze di insieme (i c.d. quadri naturali). L’obiettivo – enunciato nel convegno dei soprintendenti alla presenza del Duce – era “il nostro Paese è il più bello del mondo, tale deve rimanere ad ogni costo” (Passaniti op. ult. cit. pag. 70).

Ancora orgoglio nazionale e tutela dei beni culturali legati insieme nella politica del regime certo anche a fini propagandistici ma con senso di innovazione istituzionale che si è rivelato non caduco.

Il diritto di proprietà è subordinato all’interesse pubblico e un grande interesse pubblico è quello di mantenere il volto dell’Italia.

Nasce il concetto di bellezza d’insieme ma esso non è disgiunto dalla considerazione delle ragioni dello sviluppo turistico (allora evidente nella disciplina delle stazioni di cura, soggiorno e turismo).

Il paesaggio si autonomizza dalla tutela dei beni culturali (pur essendo anche esso spesso il frutto dell’opera dell’uomo) ma non si separa da detta tutela.

Diritto politica ed urbanistica si legano insieme e si delineano – sul piano ideativo - sin da allora i pianipaesistici come strumento per la gestione dinamica delle bellezze di insieme. Gestione dinamica aperta alle esigenze del mondo produttivo.

I beni paesaggistici singoli oggetto di tutela conservativa, le bellezze di insieme di tutela dinamica, consegnata al piano paesistico (di competenza ministeriale).

Concezioni olistiche dell’uso del territorio, non certo casualmente nascono in un’atmosfera totalitaria, producendo tuttavia anche un effetto di modernizzazione economica ed istituzionale.

Leonardo Severi, poi Presidente del Consiglio di Stato nel 1951, “uomo di Giovanni Gentile” (così nel profilo biografico contenuto nel volume i Presidenti del Consiglio di Stato), insieme a Gustavo Giovannoni, collaborò alla redazione delle riforme di Bottai.

Basta rileggere il suo discorso di insediamento come Presidente del Consiglio di Stato per coglierne lo spirito di servizio e la indipendenza di giudizio e la concezione moderna dell'amministrazione (in vista dell'attuazione della riforma regionale).

Certamente nasce allora la premessa della scissione non ricomposta che attraverserà anche la storia della Repubblica democratica, quella fra tutela paesaggistica (alta) e disciplina urbanistica (bassa) che cercasempre strumenti di raccordo e ricomposizione senza trovarli, come due amanti separati da una guerra(quella fra mondo estetico e mondo economico).

2. La Costituzione nel suo testo originario e la riforma del Titolo V

Dopo le leggi Bottai abbiamo l'art. 9 della Costituzione.

Va ricordato, alla luce del dibattito all'Assemblea Costituente, che l'art. 9 Cost. fu introdotto come contrappeso ai pericoli di una gestione localistica del territorio.

In particolare il promotore della norma fu Concetto Marchesi, il testo finale fu il frutto di una mediazione con gli autonomisti.

In particolare con Lussu, autore dell'emendamento approvato in Assemblea il 30 aprile del 1947.

I problemi discussi furono l'oggetto della tutela, la sua estensione territoriale, i suoi effetti sulla proprietà (tema classico ottocentesco) le funzioni dello Stato rispetto alle regioni.

L'idea costituente si sviluppò passando dal riferimento ai monumenti, a quello al patrimonio storico artistico ed al paesaggio.

Si discusse se fare riferimento al territorio (a qualsiasi parte del territorio della Repubblica) ed ai privati(a chiunque appartengano) fin alla dizione che dava per implicita l'estensione territoriale e giuridica della protezione, indifferente al regime proprietario pubblico o privato sempre però mantenendo centralità al ruolo dello Stato (implicito nel riferimento alla Nazione).

Tupini e Clerici furono contrari a quella che S. Cassese ha chiamato la costituzionalizzazione della legge Bottai.

Clerici sostenne che sarebbero bastate le leggi speciali perché si trattava di una questione di diritto amministrativo e non di diritto costituzionale.

Fra le voci contrarie anche l'On. Micheli sostenne che sarebbe stata più efficiente la tutela locale, perché spesso lo Stato non ha i mezzi per assicurare la tutela.

La posizione suscitò la reazione di Marchesi preoccupato di mantenere la centralità della tutela statale contro la temuta invadenza dei poteri regionali.

Si arrivò quindi a mantenere la diretta tutela unitaria del più eccelso patrimonio della Nazione.

La riforma del Titolo V – dai contenuti che si danno per noti - è intervenuta su questo nodo, ma non ha spostato – sostanzialmente - la centralità della tutela dei beni culturali e del paesaggio in capo allo Stato (essendo tale riforma incentrata sul binomio tutela / valorizzazione mentre la fruizione è termine che connetterei alla disciplina urbanistica essendo più generalmente fruizione del territorio).

Ha indotto una interpretazione meno differenziata della tutela paesaggistica e di quella ambientale (specie in conseguenza della menzione parallela ma equiordinata di beni culturali e beni ambientali); ciò specialmente nella giurisprudenza costituzionale (che ha enucleato dal paesaggio la nozione di ambiente), meno in quella amministrativa, ed ha fatto distinguere fra tutela ambientale spettante allo Stato e valorizzazione dei beni culturali ed ambientali spettante alle regioni.

La giurisprudenza costituzionale, pur negando sempre l'assimilabilità dell'interesse paesaggistico con l'interesse urbanistico (fra le molte Corte Cost. n. 56 del 1968, n. 141 del 1972, n. 359 del 1985, n. 327 del 1990, n. 417 del 1995, n. 378 del 2000) ha variamente affermato che la tutela del paesaggio va intesa nel senso lato della tutela ecologica (Corte Cost. n. 430 del 1990) e della conservazione dell'ambiente (Corte Cost. n. 391 del 1989) che essa è basata primariamente sugli interessi ecologici e quindi sulla difesa dell'ambiente come bene unitario, pur se composto da molteplici aspetti rilevanti per la vita naturale ed umana (Corte Cost. n. 1029 del 1988) e che l'art. 9 Cost. tutela il paesaggio – ambiente come espressione di principio fondamentale dell'ambito territoriale in cui si svolge la vita dell'uomo e si sviluppa la persona umana (Corte Cost. sent. 85 del 1988 e 378 del 2000); per la Corte Costituzionale l'ordinamento giuridico impone una tutela del paesaggio improntata ad integrità e globalità in quanto implicante una riconsiderazione dell'intero territorio nazionale alla luce del valore estetico culturale del paesaggio, sancito dall'art. 9 Cost. ed assunto come valore primario come tale (Corte Cost. n. 417 del 1995; analogamente Corte Cost. n. 151 del 1986, n. 67 del 1992, n. 269 del 1993 e n. 46 del 1995). Il paesaggio è forma del territorio e dell'ambiente, diviene tutto in questa chiave, un tutto comprensivo di ciò che è della natura e ciò che è dell'uomo (ammesso che oggi i due piani siano distinguibili nell'Antropocene).

Sembra quasi chiedersi da parte del giudice delle leggi, una lettura della pianificazione volta, nel dinamismo che la caratterizza, a cogliere le tracce della bellezza, per conservarle quando bellezza individua e tenerne conto quando bellezza d'insieme proporzionando gli interventi alla compatibilità fra innovazione e conservazione, sviluppo e mantenimento della tradizione identitaria.

Il paesaggio è la valenza culturale del rapporto uomo- ambiente (Merusi) o la forma dell'ambiente, visibile ma inscindibile dal non visibile (Predieri).

Da questo punto di vista nel codice del paesaggio si trova l'art. 131 che recita:

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. Salva la potestà esclusiva dello Stato di tutela del paesaggio quale limite all'esercizio delle attribuzioni delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano sul territorio, le norme del presente Codice definiscono i principi e la disciplina di tutela dei beni paesaggistici (norma dichiarata incostituzionale con sentenza Corte Cost. n. 226 del 2009 nella parte in cui include le Province autonome di Trento e di Bolzano tra gli enti territoriali soggetti al limite della potestà legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione).

4. La tutela del paesaggio, ai fini del presente Codice, è volta a riconoscere, salvaguardare e, ove necessario, recuperare i valori culturali che esso esprime. I soggetti indicati al comma 6, qualora intervengano sul paesaggio, assicurano la conservazione dei suoi aspetti e caratteri peculiari.

5. La valorizzazione del paesaggio concorre a promuovere lo sviluppo della cultura. A tale fine le amministrazioni pubbliche promuovono e sostengono, per quanto di rispettiva competenza, apposite attività di conoscenza, informazione e formazione, riqualificazione e fruizione del paesaggio nonché, ove possibile, la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati. La valorizzazione è attuata nel rispetto delle esigenze della tutela.

6. Lo Stato, le regioni, gli altri enti pubblici territoriali nonché tutti i soggetti che, nell'esercizio di pubbliche funzioni, intervengono sul territorio nazionale, informano la loro attività ai principi di uso consapevole del territorio e di salvaguardia delle caratteristiche paesaggistiche e di realizzazione di nuovi valori paesaggistici integrati e coerenti, rispondenti a criteri di qualità e sostenibilità.

A seguito della riforma del titolo quinto sorge la tematica dell'individuazione dei soggetti e degli oggetti di disciplina costituzionale, paesaggio, ambiente, territorio, nonché di beni culturali paesaggistici ed beni ambientali, questioni rilevanti a vari fini, ad es. di individuazione della competenza a legiferare, se statale o regionale, e delle procedure amministrative da seguire per la tutela e la valorizzazione.

Il problema è stato definito come vero e proprio rebus logico-normativo. Complicato anche dall'intervento delle fonti sovranazionali.

La Convenzione europea sul paesaggio, resa esecutiva in Italia con la legge n. 14 del 2006, all'art. 1 contiene una definizione di paesaggio e delle azioni pubbliche ad esso relative.

a. "Paesaggio" designa 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;

b. "Politica del paesaggio" designa la formulazione, da parte delle autorità pubbliche competenti, dei principi generali, delle strategie e degli orientamenti che consentano l'adozione di misure specifiche finalizzate a salvaguardare, gestire e pianificare il paesaggio;

c. "Obiettivo di qualità paesaggistica" designa la formulazione da parte delle autorità pubbliche competenti, per un determinato paesaggio, delle aspirazioni delle popolazioni per quanto riguarda le caratteristiche paesaggistiche del loro ambiente di vita;

d. "Salvaguardia dei paesaggi" indica le azioni di conservazione e di mantenimento degli

e. "Gestione dei paesaggi" indica le azioni volte, in una prospettiva di sviluppo sostenibile, a garantire il governo del paesaggio al fine di orientare e di armonizzare le sue trasformazioni provocate dai processi di sviluppo sociali, economici ed ambientali;

f. "Pianificazione dei paesaggi" indica le azioni fortemente lungimiranti, volte alla valorizzazione, al ripristino o alla creazione di paesaggi.

Vediamo qui comparire lo sviluppo sostenibile come elemento qualificante le politiche paesaggistiche tanto che la politica novecentesca di tutela del paesaggio può dirsi improntata alla tutela prima statica e poi dinamica della bellezza, mentre la politica di questo secolo è già intrecciata e sempre più lo sarà con la questione ambientale e dello sviluppo sostenibile.

L'ambiente è nozione composita, plurisensa, polivalente, eterogenea, tale da comprendere differenti problematiche in relazione alle diverse matrici ambientali ed alle politiche del momento; è nozione quindi che impone una politica di tutela che non è ricavabile se non a posteriori come frutto di complesse ponderazioni date dal combinarsi di apporti tecnico scientifici ed apporti politici.

L'ambiente è una nozione giuridica aperta al contributo delle scienze ecologiche che evolvono con le tecniche di governo delle emergenze ambientali delineando sempre nuovi orizzonti e ridefinendo i modi di produrre nel tecnocapitalismo consapevole dei limiti ambientali del modo di produzione.

L'ambiente è un orizzonte del modo di produzione che incide sul paesaggio come insieme dei luoghi connotanti la nostra identità.

La giurisprudenza amministrativa consapevole di queste evoluzioni ha mantenuto rispetto alla tutela paesaggistica una posizione "originalistica", fedele alla primazia della tutela del paesaggio, tendenzialmente contraria alla bilanciabilità del paesaggio con altri interessi pubblici, volta a salvaguardare il ruolo che i Costituenti vollero assegnare alle Soprintendenze.

Per il Consiglio di Stato la tutela del paesaggio non può essere subordinata ad altri interessi. Questo è quanto emerge per esempio dalla sentenza n.3652/2015 del Consiglio di Stato che ribadisce con forza il rispetto dell'art. 9 della Costituzione Italiana, uno degli articoli fondamentali del nostro ordinamento giuridico.

La sentenza ha interdetto la realizzazione di un elettrodotto ad altissima tensione (380 KW) di circa 39 chilometri con sostegni dell'altezza di 61 metri, previsto da Terna S.p.A, tra Udine e Redipuglia.

Nei confronti di quest'opera, che avrebbe compromesso l'area golenale del fiume Torre (Udine), nonostante il parere contrario della Soprintendenza per i beni architettonici e

paesaggistici del Friuli Venezia Giulia, il Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, di concerto col Ministro per i Beni e le Attività Culturali, si era espresso per la compatibilità del progetto in nome del primario interesse pubblico della realizzazione.

Il Consiglio di Stato ha però riformato le sentenze del Tar ed ha accolto i ricorsi di associazioni, imprese e privati, ribadendo fortemente l'assoluta importanza della tutela del paesaggio, che essendo un bene comune fondamentale, non può sottostare a nessun altro interesse, tanto meno a quelli meramente economici.

Di notevole risalto è la reprimenda nei confronti del comportamento del Mibac (Ministro per i Beni e le Attività Culturali), che, secondo i magistrati, deve occuparsi di "curare l'interesse paesaggistico" senza operare valutazioni di "interessi pubblici di altra natura". La sentenza ritaglia un ruolo tecnico al Mibac e non esclude, a bene vedere la bilanciabilità, ma sembra rimettere lo scioglimento di eventuali contrasti a successivi passaggi di legalità procedurale (che ad es. vedano il coinvolgimento del CDM).

Alla funzione di tutela del paesaggio è estranea ogni forma di attenuazione della tutela paesaggistica determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione: tale attenuazione, nella traduzione provvedimento, condurrebbe illegittimamente, e paradossalmente, a dare minor tutela, malgrado l'intensità del valore paesaggistico del bene, quanto più intenso e forte sia o possa essere l'interesse pubblico alla trasformazione del territorio. Il parere del MIBAC in ordine alla compatibilità paesaggistica non può che essere un atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica, dove – similmente al parere dell'art. 146 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 – l'intervento progettato va messo in relazione con i valori protetti ai fini della valutazione tecnica della compatibilità fra l'intervento medesimo e il tutelato interesse pubblico paesaggistico: valutazione che è istituzionalmente finalizzata a evitare che sopravvengano alterazioni inaccettabili del preesistente valore protetto.

Questa regola essenziale di tecnicità e di concretezza, per cui il giudizio di compatibilità dev'essere tecnico e proprio del caso concreto, applica il principio fondamentale dell'art. 9 Cost. il quale fa eccezione a regole di semplificazione a effetti sostanziali altrimenti praticabili. La norma costituzionalizza e al massimo rango la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione – e questo richiede, a opera dell'Amministrazione appositamente preposta, che si esprimano valutazioni tecnico-professionali e non già comparative di interessi, quando anche pubblici e da altre amministrazioni stimabili di particolare importanza.

3. L'attuazione costituzionale fra speculazione e ricomposizione.

Nell'attuazione costituzionale della tutela del paesaggio poi è emersa come problematica la questione del rapporto fra tutela paesaggistica e disciplina urbanistica.

Troppo note sono le vicende della speculazione edilizia legata allo sviluppo economico del Paese ed all'alibi della ricostruzione (ora avremo l'alibi del Green Deal?), il ritardo nell'adozione dei piani regolatori comunali, la disciplina delle zone bianche ed il ritardo nell'adozione dei piani paesistici con scempi vari denunciati da Aldo Natoli (il sacco di Roma) ed Antonio Cederna fondatore di Italia nostra (Vandalini in casa).

Tutto poi precipita nella legge Galasso che blocca con vincoli *ex lege* – forse tardivamente ed anche eccessivamente - le modificazioni di un paesaggio italiano in dissolvenza.

Il Consiglio di Stato ha elaborato la teoria della legittimazione ad agire delle associazioni e degli enti esponenziali avverso atti amministrativi lesivi di interessi paesaggistico ambientali al fine di costruire e ricucire dal basso una tutela ex art. 9 Cost. slabbrata dal divorzio fra tutela paesaggistica e disciplina urbanistica.

Torna in questa deriva del contenzioso giuridico amministrativo ad imporsi inevitabilmente una lettura del paesaggio che, pur ricomprendo l'ambiente, ai sensi dell'art. 9 Cost. non tutela la natura in sé e per sé non essendo oggetto di tutela paesaggistica una pianta rara o la tutela della biodiversità.

La febbre del cemento denunciata da Italo Calvino (*La speculazione edilizia*) è il risvolto più evidente di una avidità speculativa che non può essere fronteggiata solo dalla disciplina vincolistica, occorrendo una pianificazione più saggia e sistematica ed una più lungimirante programmazione delle attività edilizie e di sviluppo urbano.

La proposta di Fiorentino Sullo volta a legare programmazione economica e pianificazione urbanistica si accompagna alle riflessioni dottrinali è del 1963 la monografia di Predieri *Pianificazione e Costituzione* che legge questi temi in chiave evolutiva per evitare quella che Aldo Moro chiamerà l'irrazionalità e disumanità dello sviluppo delle nostre città.

Si arriva così alla legge ponte del 1967 (legge n. 765 del 1967) vero e proprio spartiacque della disciplina edilizia, che recupera il divario fra l'urbanistica rimasta sulla carta e la realtà di uno sviluppo incontrollato delle città.

Il d.m. n. 1444 del 1968 è un altro pilastro volto a colmare le inattuazioni della legge urbanistica ragione delle speculazioni che hanno stravolto il volto amato del nostro Paese. L'adozione dei piani paesistici regionali avviata dalla legge Galasso colma gradatamente quel divario fra tutela paesaggistica e disciplina urbanistica che ha costituito – insieme agli interventi condonistici - la ferita storica su cui si sono innestati i cattivi usi del nostro territorio.

4. La recente riforma della Costituzione in materia di ambiente: alcune domande scomode

E siamo alla recente riforma costituzionale.

La riforma recente grava da una crescente consapevolezza del tema dei limiti allo sviluppo del capitalismo.

C'è un insieme di minacce che gravano sull'umanità e mettono in pericolo la sua sopravvivenza.

Il cambiamento climatico, l'innalzamento del livello dei mari, la distruzione della biodiversità, gli inquinamenti industriali, i processi di riduzione dei bacini idrici, la desertificazione, la

deforestazione sono elementi di questo processo che, alla sua fine, potrebbe travolgere la stessa vita della nostra specie sul pianeta.

Agli intellettuali consapevoli tocca la parte di Tiresia.

Peraltro la questione dei limiti allo sviluppo era stata focalizzata già da Aurelio Peccei e dal Club di Roma a metà del secolo scorso.

Siamo di fronte a sessanta anni di inerzie.

E la guerra del gas prossima ventura (il gas essendo la fonte energetica necessaria per uscire dal mondo delle energie fossili principali imputate del climate change) dimostra che ora che si vanno creando i presupposti del cambiamento la storia – con i suoi duri conflitti – si rimette non casualmente in movimento (per frenare pacifici processi evolutivi).

Ai giuristi tocca ora la progettazione di principi, regole e procedure che consentano di adottare decisioni in grado di farci mutare la rotta.

Fra queste decisioni vi sono le riscritture delle Costituzioni novecentesche, mediante procedure di revisione costituzionale.

È quello che viene menzionato come green constitutionalism.

Le Costituzioni come Grundnormen sulle quali puntare per imporre limiti e vincoli a quelli che Luigi Ferrajoli chiama i “poteri selvaggi” degli Stati sovrani e dei mercati globali.

Ciò naturalmente è solo una risposta transitoria.
Un problemaglobale richiede una risposta globale.

Uno Stato mondiale, magari improntato a principi di giustizia ecologica.

Un nuovo Leviatano che rischia di essere neo-totalitario, soffocando le diversità che sono state prodotte dai travagli del Novecento.

La prospettiva kantiana dello Stato mondiale è tuttavia lontanissima, occuparsene non ha alcun senso, mentre sono aperte le danze sul baratro.

Dobbiamo riflettere – incalzati oggi dalla guerra – sempre più a partire dal mondo come è e non dall'idea di mondo che vorremmo che fosse.

Resta acquisita, sul piano puramente filosofico, la prospettiva di una rifondazione dei rapporti mondiali fra economia, diritto e politica, come necessità storica che si manifesterà certamente (speriamo senza eccessivi travagli).

Nel frattempo disponendo solo degli Stati nazionali come comunità politiche dobbiamo, nel lavoro culturale, seguire la loro rifondazione costituzionale con spirito critico (evitando gli autoinganni del pensiero politicamente corretto vera e propria grande malattia della cultura occidentale che stende una cappa di conformismo sul mondo ed ostacola la libertà di manifestazione del pensiero aggravando le ragioni della crisi, esponendoci agli

effetti non calcolati o non voluti di scelte apparentemente da tutti esaltate come manifestazioni di un nuovo spirito di giustizia e per questo motivo non costruite convenientemente).

La legge costituzionale n. 1 del 2022, approvata con la maggioranza dei due terzi dei componenti, interviene sugli articoli 9 e 41 della Costituzione per introdurre la tutela dell'ambiente nelle loro previsioni.

Il testo introduce un nuovo comma all'articolo 9 della Costituzione, al fine di riconoscere – nell'ambito dei principi fondamentali enunciati nella Costituzione – il principio di tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. Accanto alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico della Nazione, richiamato dal secondo comma dell'art. 9 Cost. si attribuisce alla Repubblica anche la tutela di tali aspetti.

Viene inoltre inserito un principio di tutela degli animali, attraverso la previsione di una riserva di legge statale che ne disciplini le forme e i modi.

È al contempo oggetto di modifica l'articolo 41 della Costituzione in materia di esercizio dell'iniziativa economica. In primo luogo, si interviene sul secondo comma stabilendo che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in danno alla salute e all'ambiente, premettendo questi due limiti a quelli già vigenti, ovvero la sicurezza, la libertà e la dignità umana. La seconda modifica investe, a sua volta, il terzo comma dell'articolo 41, riservando alla legge la possibilità di indirizzare e coordinare l'attività economica, pubblica e privata, a fini non solo sociali, ma anche ambientali.

Il testo reca infine una clausola di salvaguardia per l'applicazione del principio di tutela degli animali, come introdotto dal progetto di legge costituzionale, alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano.

L'introduzione della clausola ambientale in materia di principi fondamentali può essere vista come semplice recezione degli approdi della giurisprudenza costituzionale in materia di ambiente.

In Costituzione come è noto vi era già la menzione della “tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali” prevista dall'articolo 117, secondo comma della Costituzione – introdotto con la riforma del Titolo V approvata nel 2001 – nella parte in cui enumera le materie su cui lo Stato ha competenza legislativa esclusiva.

Ci siamo già soffermati su questo.

Ora però l'ambiente – citato nell'art. 9 Cost. – e la sua tutela diviene un principio fondamentale equiordinato al paesaggio.

Si potrebbe dire *nihil sub sole novi*.

La Corte ha fatto riferimento (nella sentenza n. 179 del 2019) ad un “processo evolutivo diretto a riconoscere una nuova relazione tra la comunità territoriale e l'ambiente che la circonda, all'interno della quale si è consolidata la consapevolezza del suolo [di questo si

trattava, in quel giudizio, ndr.] 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". "In questa prospettiva la cura del paesaggio riguarda l'intero territorio, anche quando degradato o apparentemente privo di pregio", aggiunge la sentenza n. 71 del 2020 – la quale sottolinea altresì che "la tutela paesistico-ambientale non è più una disciplina confinata nell'ambito nazionale", soprattutto in considerazione della Convenzione europea del paesaggio (adottata a Strasburgo dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 19 luglio 2000 e ratificata con legge n. 14 del 2006), secondo la quale "il concetto di tutela collega indissolubilmente la gestione del territorio all'apporto delle popolazioni" (dove "il passaggio da una tutela meramente conservativa alla necessità di valorizzare gli interessi pubblici e delle collettività locali con interventi articolati", tra i quali, in quel caso, l'acquisizione e il recupero delle terre degradate).

Su questa evoluzione interpretativa della tutela, da paesaggistica (dunque morfologica, visiva, culturale) ad ambientale (costitutiva, valoriale, comunitaria), era intervenuta altresì la riforma del Titolo V, modificativa dell'articolo 117, secondo comma della Costituzione. In tale ambito è stata introdotta la previsione della "tutela" dell'ambiente e dell'ecosistema, tra le materie riservate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (con attribuzione invece della "valorizzazione" dei beni ambientali alla potestà concorrente delle Regioni).

La Corte ha avuto modo di ribadire in proposito (con la sentenza n. 407 del 2002) come "l'evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una 'materia' in senso tecnico, qualificabile come 'tutela dell'ambiente', dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze". Donde "una configurazione dell'ambiente come 'valore' costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia 'trasversale', in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale".

L'ambiente come valore costituzionalmente protetto (e come entità organica complessa: sentenza n. 378 del 2007) fuoriesce da una visuale esclusivamente 'antropocentrica'. Nella formulazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera s), ambiente ed ecosistema non si risolvono in un'endiadi, in quanto, "col primo termine si vuole, soprattutto, fare riferimento a ciò che riguarda l'habitat degli esseri umani, mentre con il secondo a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé" (sentenza n. 12 del 2009).

Ma gli approdi della giurisprudenza costituzionale sono volti a guardare alla nozione di paesaggio in termini evolutivi e dinamici estendendone le valenze agli ecosistemi alla natura, alle matrici ambientali suscettibili di degrado, a sottolineare la trasversalità della tutela ambientale (come quella della concorrenza), a enucleare un concetto di ambiente come valore, a superare visioni meramente antropocentriche del bene ambiente.

Tutti gli interventi della Corte, riguardano in verità dei casi nei quali non si ponevano conflitti – nemmeno potenziali – fra valori paesaggistici e valori ambientali.

Si inquadrano in un'ottica di conciliata convergenza di ambiente e paesaggio.

Tuttavia la recezione costituzionale dell'ambiente fra i principi fondamentali non è solo meramente ricognitiva degli approdi della giurisprudenza costituzionale formatasi in materia di Titolo V ma sottende una scelta di carattere valoriale e sostanziale (volta dire che la natura – ma cosa si intende per natura sarà tutto da stabilire nella legislazione ambientale che ha carattere sempre più tecnico – è valore da tutelare, anche quando riguardi beni privi di bellezza, al pari di ciò che è il prodotto umano della cura della natura che chiamiamo paesaggio concetto formatosi durante il romanticismo e che può farsi risalire all'estetica Kantiana del sublime).

In realtà proprio la transizione ecologica sul piano energetico (questione drammatica all'origine di conflitti internazionali che si stanno svolgendo sotto i nostri occhi) è incentrata sullo sviluppo delle energie rinnovabili mediante progetti di impianti – volti a invertire le tendenze di evoluzione del clima connesse all'uso dei fossili – ben suscettibili di incidere su zone di interesse culturale e paesaggistico.

In questa chiave ambiente e paesaggio sono valori tutt'altro che conciliati. E tale mancata conciliazione emerge sempre nei giudizi amministrativi.

Spetterà alla giurisprudenza – dei Tar e del Consiglio di Stato – conciliare i valori paesaggistici e quelli ambientali, dopo le previste valutazioni ambientali dell'Amministrazione su impianti di produzione energetica a tecnologia eolica o fotovoltaica.

La tecnica sarà il bilanciamento dei valori.

L'equiordinazione costituzionale di ambiente e paesaggio consente – nelle attività di bilanciamento fra valori – un indubbio *favor* per le attività industriali green, eliminando ogni prospettiva di sovraordinazione sul piano valoriale delle tutele paesaggistiche su quelle ambientali (la fine della prospettiva di Dostoevskij per cui “solo la bellezza ci può salvare”).

Si spera che questo non conduca a nuove ondate speculative ed a scempi del territorio magari consumati in nome dell'ambiente in conseguenza della regressione – ben possibile in concreto – degli alti livelli di tutela paesaggistica raggiunti storicamente dall'Italia in conseguenza di una tradizione storica ben nota (sempre al centro delle riflessioni di Salvatore Settis).

L'ambiente può essere anche solo un'etichetta (il fenomeno del c.d. *greenwashing*) di cui ci si fregia talvolta nel promuovere iniziative industriali all'insegna del politicamente corretto.

Ma con questa avvertenza non resterà che operare in concreto, esaminando i bilanciamenti amministrativi operati progetto per progetto.

Al giudice amministrativo viene consegnata così una grande responsabilità da condursi alla luce del principio di proporzionalità e individuando un nucleo duro – dipendente dalle caratteristiche del singolo caso – di inviolabilità dell'interesse paesaggistico (da tempo l'amico Enrico Scoditti riflette sull'indegradabilità all'interno della figura giuridica dell'interesse legittimo ove siano in giuoco valori costituzionali primari).

Viene poi in questione anche la vicenda dei diritti delle generazioni future.

Si tratta di quella che viene chiamata “posterity provision” intendendosi per essa la previsione, nel testo costituzionale, di un vincolo al Legislatore di tipo sostanziale o procedurale, che imponga in ogni decisione, di tener conto dei diritti delle generazioni future.

Il Legislatore, nel caso di vincolo sostanziale, dovrà evitare danni alle risorse naturali decisive per provvedere sul piano fisico e biologico ai bisogni delle future generazioni.

Le leggi di incentivazione economica sono potenzialmente scrutinabili alla luce dei diritti delle nuove generazioni conquistando una nuova centralità al potere giudiziario (peraltro in una fase in cui la politica diffida di esso e spinge per riforme che ne riducano gli spazi di autonomia talvolta mal utilizzata) e preconizzando nuove inedite rimessioni al giudice delle leggi (che diverrà anche il giudice della giustizia intergenerazionale).

Un vincolo procedurale, del tipo necessità di referendum consultivi o di un controllo

preventivo di costituzionalità o di particolari quorum nei procedimenti approvativi delle leggi incidenti sui diritti delle nuove generazioni, non è stata la via prescelta dalla riforma costituzionale di cui alla legge cost. n. 1 del 2022 .

Ne potrebbe risultare un mutamento degli equilibri della divisione dei poteri nel Paese.

Il punto critico è segnalato in letteratura (ex plurimis Green Constitutionalism: The Constitutional Protection of Future Generations di Kristian Skagen Ekeli in Ratio Juris. Vol. 20 No. 3 September 2007 (378–401)) con considerazioni ben argomentate e valide anche per riflettere sulle scelte appenafatte in Italia con la riforma costituzionale in esame. Le Corti costituzionali ed amministrative stanno per trasformarsi in guardiani delle generazioni future.

La cosa ha implicazioni sistematiche di notevole spessore. I giudici divengono guardiani della posterità?

È desiderabile questo?

Ciò implica che ogni decisione pubblica suscettibile di incidere sulle risorse naturali non rinnovabili con effetti sulle generazioni future dovrà essere accompagnata da studi tecnologici ed ambientali.

Ciò può senz'altro indurre decisioni più attente e lungimiranti.

Ma può anche innescare contenziosi inediti in un Paese già diviso e conflittuale.

In sostanza le minoranze d'ora in poi avranno un potere di veto ambientale sulle politiche economiche delle maggioranze basato sulla clausola costituzionale ambientale e sulla supremazia della Costituzione sulle leggi ordinarie.

Non potrebbe questo essere un limite non ben calcolato o un eventuale futuro ostacolo alle politiche economiche dirette alla ripresa del Paese?

Lo scopo della norma costituzionale è ben chiaro e del tutto condivisibile: avere acqua aria suolo più puliti, contrastare il cambiamento climatico con strumenti tecnologici adeguati di riconversione del capitalismo, introdurre un ciclo virtuoso del riciclo dei rifiuti chiamato economia circolare.

Ma attenzione le strade dell'inferno sono lastricate di buone intenzioni: speriamo che le future magnifiche sorti e progressive del legislatore della revisione costituzionale non si arenino tristemente nell'esplosione dei conflitti giudiziari (mentre già si profilano conflitti bellici).

Il pensiero irenico produce danni come ogni politica puramente simbolica.

Una terza implicazione riguarda l'art. 41 Cost. che introduce ambiente e salute come limiti dell'attività di impresa e finalità atte ad orientare le future leggi di conformazione delle attività di impresa.

Anche qui si consegnano alla giurisdizione poteri conformativi in via diretta (ove vi sia da interpretare un assetto di regole già date) e si consegna al Legislatore il compito di enucleare l'impresa del futuro che o sarà impresa ambientalmente compatibile o non sarà. Se il legislatore saprà indirizzare il sistema economico in modo opportuno e condiviso avremo fatto un salto effettivo di qualità ma altrimenti anche per questo verso dovremo attenderci un incremento del contenzioso amministrativo e civilistico in forme inedite sul grado di rispetto – da parte delle singole imprese – delle disposizioni ambientali.

In attesa della sfera pubblica sovranazionale ambientale prossima ventura (quella che Ferrajoli chiama Costituzione della Terra) ci tocca gestire saggiamente a livello nazionale la transizione ecologica, se lo faremo, avremo prefigurato il futuro.

*L'articolo riproduce il testo dell'intervento al convegno di Capri 30-31 maggio 2022 "Il paesaggio: nozioni, trasformazioni, tutele".

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2155 – 26 gennaio 2022

L'affidamento *in house providing* e il richiamo alle origini euro-unitarie in nome delle prioritarie esigenze di semplificazione ed accelerazione funzionali alla ripresa economica dopo la crisi pandemica (nota a Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023).

di Saul Monzani

Sommario: 1. L'affidamento "*in house*": genesi e sviluppo nell'ordinamento euro-unitario. - 2. I primi tentativi normativi volti alla limitazione dell'utilizzo dell'affidamento "*in house*" ed il ripristino di tale istituto secondo i connotati euro-unitari a seguito del referendum popolare e dell'intervento della Corte costituzionale a tutela del suo esito. - 3. La disciplina "speciale" di cui al Codice dei contratti pubblici e l'onere motivazionale rafforzato. L'affidamento "*in house*" torna una fattispecie eccezionale. - 4. Lo schema di Linee guida ANAC e il "richiamo" del Consiglio di Stato rispetto alle esigenze di semplificazione ed accelerazione delle procedure ad evidenza pubblica. - 5. La sentenza oggetto di commento: il carattere discrezionale della scelta di procedere ad un affidamento diretto e i conseguenti limiti del sindacato giurisdizionale.

1. L'affidamento "*in house*": genesi e sviluppo nell'ordinamento euro-unitario.

Il concetto di produzione "*in house*" da parte della pubblica amministrazione si rinviene originariamente nell'ordinamento del Regno Unito, ove tradizionalmente si è distinto, quanto alle modalità di esercizio delle proprie funzioni, tra la procedura, appunto, c.d. "*in house*", per cui l'attività di produzione dei beni, lavori o servizi sono svolti direttamente dagli organi od uffici dell'ente pubblico, e la modalità c.d. "*contracting out*", consistente nell'affidamento esterno attraverso strumenti di natura contrattuale, come l'appalto¹. In particolare, sia la

procedura del *compulsory competitive tendering*, prevista dal *Local government, planning and land Act* del 1980, nonché dai successivi *Local government Act* del 1988 e del 1992, sia la procedura del *best value* introdotta dal *Local government Act* del 1999, hanno imposto alle autorità pubbliche di individuare la soluzione organizzativa da ritenersi più economica, efficiente ed efficace per l'esercizio delle proprie competenze e per l'acquisizione delle risorse a tale scopo necessarie attraverso una procedura di comparazione che prevede il confronto tra l'auto-produzione da parte della medesima autorità e soluzioni alternative, tra cui l'affidamento a soggetti terzi.

Per quanto riguarda l'ordinamento euro-unitario, la nozione di affidamento "*in house*" si affaccia per la prima volta nella comunicazione della Commissione europea dell'11 marzo 1998 recante "Gli appalti pubblici nell'Unione europea" ove, semplicemente, ci si propone di definire compiutamente i caratteri dell'istituto in questione, ovvero dei contratti stipulati tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata.

È però grazie all'opera creatrice della Corte di giustizia che sono stati definiti i contorni del meccanismo in parola, tramite l'enucleazione in maniera via via maggiormente più precisa delle condizioni in presenza delle quali risulta legittimo un affidamento diretto di servizi pubblici, in deroga all'applicazione delle generali norme euro-unitarie in tema di concorrenza.

Il filone giurisprudenziale che ci si appresta a ricostruire conosce i suoi esordi già a partire dalle sentenze *Arnhem*² e *RI.SAN*³, ove si è cominciato ad individuare nel rapporto di delega interorganica tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto aggiudicatario, in un contesto di dipendenza finanziaria e amministrativa, sia a livello gestionale che organizzativo, di quest'ultimo nei confronti della prima, un fattore in grado di escludere la necessità di ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica nell'affidamento dell'appalto.

Il principio così introdotto ha trovato una descrizione maggiormente compiuta nella paradigmatica sentenza *Teckal*⁴, la quale è venuta a costituire il punto di partenza per la successiva elaborazione giurisprudenziale. In particolare, in tale occasione, si è considerato che il presupposto per l'applicazione della disciplina euro-unitaria in tema di appalti, informata alla tutela e promozione della concorrenza, è la terzietà del prestatore rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, facendone derivare la conseguenza che ove tale terzietà non sussista, venendo viceversa in rilievo una dipendenza finanziaria, amministrativa, gestionale ed organizzativa dell'affidatario rispetto al committente, si potrebbe legittimare un affidamento diretto a quel soggetto, il quale costituirebbe, in realtà, una mera articolazione organizzativa, ovvero un'emanazione, della pubblica amministrazione affidante, secondo un rapporto di delegazione interorganica che differenzia il medesimo da tutti gli altri operatori presenti sul mercato.

I due elementi fondanti un rapporto così come appena sinteticamente descritto sono stati individuati nell'esercizio, da parte dell'amministrazione affidante nei confronti del soggetto affidatario, di un potere di controllo "analogo" a quello che la prima è abilitata ad esercitare sui propri uffici, nonché nel fatto che il secondo svolga la parte più importante della propria attività a favore dell'ente affidante, non operando così, se non in minima parte, in un contesto concorrenziale di mercato.

A partire dalla pronuncia appena ricordata, la giurisprudenza euro-unitaria si caratterizza per il tentativo di precisare soprattutto il requisito del controllo "analogo", il quale non trova

precisi riferimenti nell'ordinamento dei Paesi membri ed, anzi, si pone talvolta in tensione con diverse regole proprie del diritto societario⁵, anche in una logica di circoscrivere le possibilità di affidamento diretto in luogo della effettuazione di una procedura ad evidenza pubblica.

Sul punto, si è cominciato a precisare che l'affidamento "*in house*" consiste in una sorta di "auto-produzione" da parte della medesima amministrazione, attuata attraverso un'articolazione organizzativa strumentale suscettibile di essere considerata, per le forme di controllo che l'ente pubblico risulta in grado di esercitare nei suoi confronti, alla stessa stregua degli uffici propri di quest'ultimo⁶. In altri, coerenti, termini, si è statuito che l'affidatario diretto di servizi pubblici deve costituire un soggetto che non è in grado di esprimere una volontà imprenditoriale autonoma, limitandosi ad attuare scelte ed indirizzi unilateralmente determinati dell'amministrazione di cui si pone come ente strumentale⁷.

La tendenza a circoscrivere, almeno in una certa misura, l'istituto dell'affidamento "*in house*" conosce un significativo momento nella sentenza *Stadt Halle*, attraverso la quale la Corte introduce, di fatto, un terzo requisito, ossia il capitale interamente pubblico dell'ente affidatario⁸; ciò ritenendo che la società controllata possa effettivamente perseguire l'interesse pubblico a condizione che la medesima non debba al contempo tenere conto di obiettivi di diversa natura derivanti dalla partecipazione di un soggetto privato, naturalmente animato da una prospettiva economica e lucrativa.

Un'altra pietra miliare nella costruzione dell'istituto in esame è stata posta dalla sentenza *Parking Brixen*, in cui si chiarito che l'affidamento diretto costituisce un'eccezione alle regole generali del diritto euro-unitario, che devono pertanto formare oggetto di un'interpretazione restrittiva. In tale ottica, la Corte ha posto la necessità di verificare, in concreto, se l'ente affidante sia effettivamente soggetto ad una forma di controllo in grado di consentire all'autorità pubblica affidante di esercitare, nei suoi confronti, una "influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni più importanti". A tale scopo, secondo i giudici europei, non è sufficiente la partecipazione anche totalitaria dell'ente pubblico socio, con l'esercizio dei conseguenti poteri tipici del diritto societario, ma è necessaria la predisposizione di strumenti di indirizzo e controllo di matrice pubblicistica maggiormente penetranti e limitativi, in concreto, dell'autonomia gestionale del soggetto affidatario⁹.

Il descritto arresto giurisprudenziale si segnala per avere innescato uno dei nodi più complessi e discussi in tema di requisiti per l'affidamento diretto, avendo introdotto, come già accennato, una necessità che collide, almeno per certi versi, con la disciplina codicistica in tema di società di capitali, soprattutto con riferimento alla società per azioni, ove vige una separazione tra prerogative gestionali degli amministratori e i poteri dei soci, mentre maggiori profili di compatibilità si rinvengono con riferimento alla società a responsabilità limitata, meglio in grado per sua natura di consentire al socio pubblico l'esercizio di quei poteri di gestione e decisione sugli atti fondamentali richiesti dalla giurisprudenza euro-unitaria ai fini della sussistenza del controllo "analogo".

Nella medesima scia, si colloca una successiva decisione della Corte di giustizia, la quale giunge a confermare la non idoneità, ai fini dell'affidamento diretto, di un situazione in cui dallo statuto della società affidataria emerge l'attribuzione al consiglio di amministrazione dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società stessa, senza che sia

riservato all'amministrazione affidante alcun potere particolare di controllo o di voto in grado di arginare la libertà di azione riconosciuta all'organo di gestione, risolvendosi, viceversa, il controllo attribuito all'ente affidante nei (soli) poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, con conseguente considerevole limitazione della possibilità in capo all'ente pubblico di influire sulle decisioni della società affidataria¹⁰.

Maggiori aperture, conseguenti forse anche ad un'accresciuta consapevolezza circa i temi in questione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, si sono registrate nella successiva giurisprudenza della Corte, ove hanno cominciato a trovare posto anche decisioni di segno positivo rispetto alla sussistenza dei requisiti legittimanti un affidamento diretto.

In tale prospettiva, si è valutata favorevolmente, ai fini in esame, una situazione in cui ad un comune, in qualità di socio di maggioranza, era attribuita la possibilità di designare i membri degli organi direttivi nonché di condizionare l'attività dell'affidatario "*in house*" sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni più importanti, con l'effettuazione di un controllo contabile sulla società effettuato da un funzionario comunale dedicato¹¹.

Sempre nell'ambito del filone maggiormente possibilista, si colloca anche un'altra importante sentenza della Corte in cui si è riconosciuto che, in caso di società partecipate da una pluralità di enti locali, il controllo da parte di questi ultimi deve essere effettuato congiuntamente, anche deliberando a maggioranza. Del resto, proseguono i giudici euro-unitari, diversamente opinando, la pretesa di un controllo individuale da parte di ciascuno degli enti soci vanificherebbe, di fatto, il diritto di ogni amministrazione aggiudicatrice di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici o di altro tipo, a fronte dell'inesistenza di alcun vero e proprio obbligo di far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi¹².

In una successiva occasione ancora, la Corte di giustizia¹³ prosegue ad enucleare, in positivo, le caratteristiche di un adeguato sistema di controllo "analogo", avvallando un meccanismo per cui, nell'ambito della *governance* di una società pluripartecipata da enti pubblici, si sono innestati dei comitati di controllo a cui sono stati attribuiti, congiuntamente, significativi poteri anche di natura gestionale, a fronte della corrispondente delimitazione delle attribuzioni dell'organo amministrativo. Il controllo "congiunto", inoltre, viene effettuato, nel caso deciso della Corte, tramite comitati rappresentativi di tutti i soci in cui ognuno di loro dispone di uguale diritto di voto, indipendentemente dall'entità del capitale posseduto; ciò per evitare la formazione di maggioranze precostituite in capo ai soci di maggioranza relativa e consentire a ciascun socio di esercitare un reale potere di incidere sulle scelte societarie, sia pure insieme ad altri in modo da formare la maggioranza numerica dei soci stessi¹⁴.

2. I primi tentativi normativi volti alla limitazione dell'utilizzo dell'affidamento "*in house*" ed il ripristino di tale istituto secondo i connotati euro-unitari a seguito del referendum popolare e dell'intervento della Corte costituzionale a tutela del suo esito.

Venendo al quadro normativo nazionale, le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, intendosi per tali quelli caratterizzati da una redditività, anche solo potenziale, e che, di conseguenza, risultano "contendibili" sul mercato da parte di più

operatori¹⁵, sono state tradizionalmente contemplate dal comma 5 dell'art. 113 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali (TUEL) di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, prima modificato e poi abrogato.

Tale, fondamentale, norma aveva previsto che l'affidamento dei servizi predetti potesse avvenire, alternativamente, nei confronti di: società di capitali individuate attraverso procedure ad evidenza pubblica; società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso procedure ad evidenza pubblica; società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente pubblico titolare del capitale sociale eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente pubblico che la controlla.

Nella prospettiva ora in esame, il legislatore non esprimeva alcuna particolare preferenza tra le opzioni organizzative predette, purchè, ovviamente, sussistessero, nel caso concreto, le rispettive condizioni di legittimità.

Successivamente, un aggiornamento della disciplina posta dal TUEL in una chiave di accentuazione della tutela della concorrenza e di promozione del mercato nell'ordinamento interno, è stato introdotto attraverso il disposto di cui all'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2018, n. 112, convertito nella l. 6 agosto 2018, n. 133, come ulteriormente modificato in seguito dal d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, nella l. 20 novembre 2009, n. 166.

In sostanza, la normativa risultante dagli interventi legislativi appena citati, dopo avere puntualizzato che "in via ordinaria" la gestione dei servizi pubblici locali è affidata ad operatori individuati tramite procedure ad evidenza pubblica, è giunta a limitare l'ipotesi dell'affidamento "*in house*" alle residuali ipotesi in cui sussistano "situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato". Inoltre, si prescriveva l'onere di pubblicizzare un'eventuale scelta in tal senso nonchè di motivarla in base ad un'analisi del mercato attraverso una relazione da inviare all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato al fine dell'espressione di un parere preventivo.

Infine, venivano poste ulteriori restrizioni per le società "*in house*", quali il divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi e di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati nonchè la sottoposizione al patto di stabilità interno dell'ente socio.

Il risultato di un siffatto intervento legislativo è apparso quello di ridimensionare, per non dire sopprimere, la possibilità di ricorrere ad un affidamento diretto nei termini stabiliti dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, con ciò andando a collidere con la regola, invalsa in ambito euro-unitario, per cui un'amministrazione aggiudicatrice detiene la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa affidati mediante propri strumenti, senza essere obbligata a ricorrere per forza a soggetti esterni¹⁶.

La stessa giurisprudenza nazionale dell'epoca aveva sottolineato che la creazione di un mercato comune e l'applicazione delle conseguenti regole a tutela e promozione della concorrenza non ostano allo svolgimento delle capacità organizzativa della pubblica

amministrazione, la quale, di conseguenza, è abilitata a decidere, in alternativa alla gara, di non rivolgersi al mercato, optando per l'auto-produzione di servizi pubblici¹⁷.

Tuttavia, la disciplina di cui al citato art. 23-*bis* venne considerata compatibile con il diritto euro-unitario, sul presupposto che quest'ultimo consente in ogni caso al legislatore interno di prevedere limitazioni dell'affidamento diretto più estese rispetto a quelle declinate dalla Corte di giustizia; in altre parole, secondo la pronuncia della Consulta che è intervenuta sul punto, l'ordinamento euro-unitario, nel prevedere solo regole "minime" pro-concorrenziali, lascia al legislatore nazionale un ampio margine di apprezzamento, con la conseguenza che nelle ipotesi - come quella di specie - in cui quest'ultimo prevede condizioni ulteriori aventi lo stesso "verso" del diritto comunitario, deve escludersi un contrasto¹⁸.

Senonchè, a "scompaginare" il quadro normativo appena evocato, è intervenuto l'esito positivo del referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011, il quale ha comportato l'abrogazione dell'intera disciplina posta dal citato art. 23-*bis*, nell'intento, come attestato dalla Corte costituzionale in sede di pronuncia di ammissibilità del referendum stesso¹⁹, di neutralizzare l'intervento legislativo volto a privilegiare la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica da parte di soggetti scelti a seguito di gara ad evidenza pubblica e di relegare, al contempo, le ipotesi di affidamento diretto tramite la gestione "*in house*" a situazioni del tutto eccezionali.

A seguito dell'esito referendario, il legislatore nazionale, al dichiarato scopo di adeguare la "disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione Europea", tramite l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella l. 14 settembre 2011, n. 148, aveva provveduto a dettare una nuova disciplina in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica, segnata, tuttavia, da uno reiterato spirito limitativo della gestione "*in house*".

Infatti, la citata normativa aveva previsto, ancora una volta, che, nell'impossibilità di procedere ad una vera e propria liberalizzazione, il conferimento della gestione in esclusiva di servizi pubblici locali dovesse avvenire, in via ordinaria, in favore di soggetti individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica. In deroga a tale ipotesi, l'affidamento diretto veniva consentito solo entro un certo limite di valore (prima 900.000 e poi 200.000 Euro) a società costituite secondo i requisiti dell'*in house providing*, le quali, perdipiù, continuavano ad essere sottoposte, tra le altre cose, al patto di stabilità interno dell'ente socio nonché al divieto di acquisire servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi da quelli oggetto di affidamento diretto.

Tuttavia, il reiterato spirito legislativo nel senso di limitare le ipotesi di affidamento diretto non superò il vaglio di costituzionalità, essendosi accertato come la disciplina in questione fosse contraddistinta dalla medesima *ratio* di quella abrogata, "in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti "*in house*", al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria", essendo peraltro "letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-*bis*"¹⁹. Sul punto, la Corte costituzionale ha osservato come la normativa esaminata comportava la limitazione delle ipotesi di affidamento diretto ai casi in cui non fosse possibile la liberalizzazione, subordinando tale ipotesi al rispetto di una soglia di valore il cui superamento determinava automaticamente l'illegittimità di un affidamento diretto, a prescindere da qualsiasi valutazione dell'ente locale. Così, ne veniva accertata la difformità rispetto alla disciplina euro-unitaria, la quale subordina la legittimità

dell'affidamento diretto alle sole condizioni declinate dalla Corte di giustizia, giungendo alla conclusione nel senso della illegittimità costituzionale per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost.

Il risultato delle descritte vicende è da individuarsi nella constatazione per cui, stante il vuoto normativo venutosi a creare nell'ordinamento interno in tema di modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la disciplina applicabile è da rinvenirsi in quella euro-unitaria, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum, senza più alcun riferimento a leggi interne²⁰.

Per effetto di tale approdo, l'affidamento "*in house*" è giunto ad essere considerato una modalità organizzativa ordinaria, e non eccezionale, di gestione dei servizi pubblici locali, con la conseguenza che l'eventuale decisione in tal senso della stazione appaltante si deve basare unicamente sulla sussistenza dei presupposti, di origine euro-unitaria, e con possibilità di sindacato giurisdizionale solo nei casi, come avviene per tutte le scelte amministrative connotate da discrezionalità, di evidente travisamento dei fatti o manifesta illogicità²¹.

3. La disciplina "speciale" di cui al Codice dei contratti pubblici e l'onere motivazionale rafforzato. L'affidamento "*in house*" torna una fattispecie eccezionale.

Da ultimo, il Codice dei contratti pubblici vigente, di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 s.m.i., è giunto a formalizzare anche a livello interno le condizioni legittimanti l'affidamento "*in house*", recependo sostanzialmente la giurisprudenza della Corte di giustizia.

In particolare, l'art. 5 del predetto Codice ha così ricostruito gli elementi che consentono di procedere all'affidamento diretto di un servizio pubblico: a) l'ente o gli enti soci esercitano sulla società un controllo "analogo" a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione o dalle amministrazioni controllanti; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Inoltre, il disposto di cui all'art. 5 predetto ha anche fissato le caratteristiche del controllo "analogo", precisando, con particolare riferimento alle società partecipate da una pluralità di enti pubblici, che esso ricorre quando: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni socie, con la precisazione per cui singoli soggetti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni; b) tali amministrazioni sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni controllanti.

Sempre il Codice dei contratti pubblici vigente, rinnovando per l'ennesima volta la particolare attenzione per gli affidamenti "*in house*", sempre in chiave limitativa, ha introdotto un regime "speciale" rispetto a tale forma di gestione, prevedendo, all'art. 192, la necessità di sottoporre

la decisione di procedere ad un affidamento diretto ad un onere motivazionale rafforzato. In particolare, si è previsto, ai fini della legittimità di una tale scelta, l'obbligo di fornire la dimostrazione della congruità economica dell'offerta dei soggetti "*in house*", avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto, in particolare, delle ragioni che giustificano il 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 pubbliche²².

In relazione all'approdo legislativo appena descritto, si è evidenziato che, ancora una volta, "la previsione dell'ordinamento italiano di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti "*in house*" muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica, relegandoli ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese"²³.

La predetta norma si affianca a quella, tuttora vigente, di cui art. 34, comma 20, d.l. n. 179/2012, conv. nella l. n. 221/2012, la quale prevede che "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 è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà 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".

La norma di cui all'art. 192 del Codice dei contratti pubblici è stata sospettata di incompatibilità con l'ordinamento dell'Unione europea nonché, di riflesso, con la nostra Costituzione, nella misura in cui si sottoponga l'affidamento "*in house*" a condizioni più stringenti rispetto a quelle dettate in sede europea, così da giungere a ritenere tale forma organizzativa residuale o eccezionale rispetto alla effettuazione di una procedura ad evidenza pubblica.

Tali dubbi sono stati fugati, essendosi ritenuto che sia possibile per gli Stati membri prevedere una disciplina più rigorosa in tema di tutela e promozione della concorrenza rispetto a quella europea (risultando, invece, precluso fare viceversa, ovvero diminuire le garanzie in ordine al rispetto di tale fondamentale principio di matrice europea). Si sono espresse in tal senso sia la nostra Corte costituzionale²⁴, sia la Corte di giustizia dell'Unione europea²⁵.

A tal proposito, si è osservato che, ove dall'onere di motivazione rafforzata si faccia derivare la possibilità di ricorrere all'affidamento "*in house*" solo in caso di dimostrazione circa l'impossibilità di indire una procedura ad evidenza pubblica, ciò significherebbe stabilire, ancora una volta, una gerarchia tra le varie forme di affidamento, con conseguente sacrificio della pur riconosciuta, a livello euro-unitario, libertà organizzativa delle autorità pubbliche²⁶.

Fatto sta che ne è derivata, a livello giurisprudenziale nazionale, una nuova ed ulteriore tendenza restrittiva, in applicazione del predetto art. 192, della legittimità dell'affidamento diretto in relazione all'onere motivazionale prescritto. Sul punto, si è statuito, con formulazioni invero estremamente rigorose ed intransigenti, che "la scelta di sottrarre l'affidamento di un servizio al fisiologico confronto di mercato, optando per la soluzione auto-produttiva, deve trovare fondamento in dati oggettivi ed attentamente valutati, che

giustificchino il sacrificio che quella scelta arreca alla libertà di concorrenza. Pertanto la motivazione non può fare leva su dati evanescenti, di carattere eventuale o meramente organizzativo, insuscettibili di manifestare un corrispondente significativo beneficio per la collettività, derivante dal ricorso al modello dell'*in house providing*, e di integrare una parallela valida ragione derogatrice del ricorso primario al mercato: occorre quindi evidenziare il perseguimento di obiettivi di carattere latamente sociale, percepibili al di fuori della dimensione meramente organizzativa dell'amministrazione e costituenti, nell'ottica legislativa, il "giusto prezzo" per compensare il *vulnus* che esso potenzialmente arreca al valore primario della concorrenza"27.

4. Lo schema di Linee guida ANAC e il "richiamo" del Consiglio di Stato rispetto alle esigenze di semplificazione ed accelerazione delle procedure ad evidenza pubblica.

A completare il complesso quadro in tema occorre anche considerare lo schema di nuove Linee guida di ANAC in tema di affidamento "*in house*", approvate con delibera dell'Autorità dell'8 settembre 2021, le quali, coerentemente a quanto poc'anzi illustrato, ribadiscono la necessità che, prima di ricorrere ad assegnazioni di appalti e concessioni secondo lo schema "*in house*", le stazioni appaltanti siano tenute a fornire e rendere pubbliche, con precise motivazioni relative alla convenienza e congruità economica nonché ai benefici per la collettività, le ragioni che hanno portato a scegliere tale modalità invece della gara, dovendosi ritenere illegittimo un affidamento "*in house*" non adeguatamente motivato. Si ricorda, peraltro, che ai sensi del comma 1 dell'art. 192 del Codice dei contratti pubblici, la legittimità dell'affidamento "*in house*" è subordinata almeno alla presentazione della domanda, da parte degli enti affidanti, di iscrizione all'apposito elenco tenuto da ANAC, la quale iscrizione avviene previo riscontro circa la sussistenza dei requisiti previsti dall'Autorità stessa (con le vigenti Linee guida n. 7 con delibera n. 235 del 15 febbraio 2017).

In particolare, la valutazione di congruità economica potrà essere effettuata, secondo l'Autorità, assumendo informazioni sul concreto ed attuale contesto di riferimento, ovvero sulle condizioni offerte nel medesimo ambito territoriale per le stesse o simili attività rispetto a quelle oggetto di affidamento, nonché sui prezzi medi praticati per prestazioni simili e comparabili. A tale scopo, nella prospettiva in commento, si possono prendere in considerazione i *benchmark* di settore, comparando l'offerta della società "*in house*" con le condizioni proponibili dall'impresa media del settore gestita in maniera efficiente. In tale ottica, si possono assumere a riferimento i costi standard definiti dalle Autorità di settore, i prezzi di riferimento elaborati da ANAC, quelli delle convenzioni CONSIP, i prezzi medi praticati da operatori privati e/o soggetti "*in house*" per prestazioni comparabili.

Per ciò che attiene, invece, alla valutazione dei benefici per la collettività, l'Autorità suggerisce di considerare, specialmente, gli obiettivi di universalità e socialità, sotto forma di eguaglianza di comportamento nei confronti degli utenti ubicati in un determinato territorio indipendentemente dalle circostanze particolari e dal grado di redditività economica di ciascuna singola operazione, di imparzialità in termini di accessibilità fisica ed economica, di continuità nell'erogazione delle prestazioni e di garanzia di stabilità occupazionale.

In tema, è intervenuto il parere, sia pure facoltativo, del Consiglio di Stato²⁸, il quale ha ritenuto di sospendere il proprio giudizio sullo schema di Linee guida in questione; ciò in considerazione del carattere estremamente dinamico del quadro normativo di riferimento, in relazione all'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e delle annunciate riforme sulla disciplina dei contratti pubblici.

Nella predetta sede, è stato considerato, ai fini qui in esame, il disposto di cui al d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. nella l. 29 luglio 2021, n. 108, recante "*Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure".

In particolare, si è rilevato come l'art. 10 della predetta normativa abbia introdotto "Misure per accelerare la realizzazione degli investimenti pubblici" prevedendo esplicitamente la possibilità da parte delle pubbliche amministrazioni, proprio al fine di "sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici", di "avvalersi del supporto tecnico-operativo di società *in house*" (comma 1), nonché specificando che ai fini della motivazione di cui all'art. 192 del Codice dei contratti pubblici, "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 della società Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali".

Ciò considerato, si è sottolineata, nel parere ora in considerazione, la spinta normativa in atto verso l'attuazione urgente del PNRR, oltre che del Piano nazionale per gli investimenti complementari e del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima, nonché a favore, più in generale, della ripresa economica a seguito della fase più acuta della pandemia, purtroppo tuttora in atto.

In tale contesto, la materia degli appalti è stata considerata rivestire un rilievo centrale al fine di una gestione efficiente ed efficace del PNRR, la quale impone un recupero dello storico deficit di capacità realizzativa delle opere pubbliche e di spesa delle risorse pubbliche, anche di origine comunitaria, che caratterizza da tempo il nostro Paese.

Non a caso, tutte le recenti innovazioni legislative sul tema in questione si sono rivolte nel senso della semplificazione ed accelerazione delle procedure: basti pensare al disposto di cui al d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, nella l. 11 settembre 2020, n. 120, come successivamente modificato con il già citato d.l. n. 77 del 2021, il quale, tra le altre cose, ha introdotto deroghe al Codice dei contratti pubblici ampliando ulteriormente la disciplina semplificata dei contratti "sotto-soglia" nonché introducendo disposizioni volte alla accelerazione delle procedure ad evidenza pubblica, ciò proprio "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".

Sul punto, si è preso un considerazione, *de iure condendo*, anche il disegno di legge AS 2330 recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", il quale espone, tra gli altri, l'obiettivo di assicurare il perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee

mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli "minimi" richieste dalle direttive stesse.

Nel descritto contesto, pertanto, il Consiglio di Stato ha finito per invitare l'Autorità a riconsiderare la volontà, desumibile dal testo dello schema di Linee guida in questione, di ampliare ulteriormente l'obbligo istruttorio e motivazionale richiesto ai fini del legittimo ricorso all'affidamento "*in house*", nonché del corrispondente intento di ridimensionare ulteriormente tale opzione organizzativa delle pubbliche amministrazioni la quale, in un momento emergenziale, può rivestire una certa utilità e funzionalità rispetto a priorità emergenti dal contesto economico e sociale.

5. La sentenza oggetto di commento: il carattere discrezionale della scelta di procedere ad un affidamento diretto e i conseguenti limiti del sindacato giurisdizionale.

La sentenza oggetto del presente commento²⁹ interviene, nuovamente, sul tema della legittimità di un affidamento diretto "*in house*" nel contesto segnato, da un lato, dal regime speciale introdotto dal Codice dei contratti pubblici, ritenuto, come detto, legittimo sia da un punto di vista di compatibilità comunitaria che sotto il profilo della costituzionalità, nonché, dall'altro lato, dall'evoluzione dell'ordinamento dettata dallo stato emergenziale conseguente alla pandemia in atto.

La pronuncia in esame pare in effetti calata nella realtà del momento in cui è stata emessa, rinvenendosi in essa la presa d'atto sia del confermato onere motivazionale rafforzato richiesto per il (solo) affidamento "*in house*", sia, d'altro canto, dell'inopportunità di acuire ulteriormente la "stretta" riguardante tale modalità organizzativa, la quale, come illustrato, potrebbe risultare funzionale alle esigenze di semplificazione ed accelerazione delle procedure ad evidenza pubblica in chiave di ripresa economica e di efficiente ed efficace processo di spesa e di investimento riferito alle risorse messe a disposizione per il rilancio post crisi pandemica.

Infatti, dopo avere ribadito che "la previsione dell'ordinamento italiano di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti "*in house*" muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica, relegandoli ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese", la decisione ora in considerazione dà comunque atto che la scelta di procedere ad un affidamento diretto consegue ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante, da considerare, ed eventualmente censurare, alla luce dei consueti parametri di complessiva logicità e ragionevolezza. In altri termini, nella prospettiva in considerazione, l'obbligo motivazionale imposto all'ente refluiscce, sul piano istruttorio, nella attribuzione allo stesso della scelta, tipicamente discrezionale, in ordine alle modalità più appropriate di affidamento del servizio. Ciò deve avvenire sulla base dei dati necessari al fine di compiere, in maniera oggettiva quanto completa, la valutazione di preferenza per l'affidamento diretto, sulla base della considerazione circa la soluzione organizzativa e gestionale praticabile attraverso il soggetto "*in house*", nonché in merito alla capacità del mercato di offrirne una equivalente, se non maggiormente apprezzabile, sotto i profili della universalità e socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio e ottimale impiego delle risorse pubbliche.

In tale contesto, si ammette che la verifica del giudice amministrativo deve arrestarsi allo scrutinio esogeno delle modalità con cui è stata esercitata la funzione amministrativa attribuita alla stazione appaltante, avuto riguardo alla idoneità della motivazione ad illustrare la legittimità della scelta rispetto al quadro fattuale rilevato in maniera attendibile ed esaustiva³⁰.

In forza di tali premesse, i giudici amministrativi sono giunti a riformare la sentenza di primo grado, la quale aveva ritenuto insufficiente ed inadeguato l'apparato motivazionale fornito in relazione al disposto affidamento "*in house*", riconsiderando gli elementi del caso concreto.

In particolare, gli elementi motivazionali valutati, positivamente, dai giudici d'appello sono stati, per quanto riguarda il ricorso al mercato, la constatazione della circostanza per cui nei precedenti venti anni solo quattro imprese hanno partecipato alle gare indette dalla stazione appaltante per il servizio in questione, ovvero quello di igiene urbana. Per ciò che attiene, invece, alla congruità economica è stata apprezzata l'attività istruttoria che ha comparato i costi sostenuti fino ad allora dall'amministrazione, nei confronti del gestore uscente, con quelli proposti dal soggetto "*in house*", messi a confronto anche con i prezzi medi praticati nelle zone limitrofe, come risultanti dall'osservatorio provinciale rifiuti. Inoltre, si è dato conto che nella relazione accompagnatoria si sono messi in evidenza i servizi e le attività aggiuntive dell'operatore "*in house*", i quali sono stati valutati (secondo un apprezzamento ritenuto esente da vizi) dal Comune in termini qualitativamente migliorativi rispetto alle pregresse gestioni, vista anche la possibilità di adattare in ogni momento le condizioni di erogazione del servizio alle mutate esigenze dell'amministrazione pubblica, con ciò comportando un beneficio per la collettività derivante dalla capacità di assicurare l'adattamento del servizio alle continue e mutevoli esigenze sociali della collettività, senza sopportazione di oneri aggiuntivi che invece il mercato avrebbe imposto a cagione del vincolo di cristallizzazione dell'offerta.

Pertanto, sulla base delle descritte circostanze del caso di specie, si è giunti a ritenere che "la scelta effettuata risulta coerente con i presupposti di fatto acquisiti al procedimento, ovvero non irragionevole né affetta da travisamento dei fatti, nonché adeguatamente supportata in punto di valutazione della congruità economica", "avuto significativamente riguardo alla congruità dell'offerta ricevuta, alla sostenibilità finanziaria, alla convenienza economica, alla qualità ed efficienza del servizio nonché ai benefici per la collettività, e tenuto conto, altresì, della resa esplicitazione delle ragioni sottese al mancato ricorso al mercato".

In definitiva, la sentenza oggetto del presente commento, nel contesto ondivago fin qui descritto in tema di modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, pare poter annunciare una, ennesima, inversione di tendenza, perlomeno in una certa misura.

Infatti, riportare la scelta di procedere ad un affidamento "*in house*" nel contesto della discrezionalità rimessa alla pubblica amministrazione nell'individuare la modalità organizzativa più idonea rispetto al perseguimento della missione di interesse pubblico alla medesima affidata, con i conseguenti limiti del sindacato giurisdizionale ai (soli) casi di manifesta illogicità o arbitrarietà, significa prendere le distanze da quella giurisprudenza di poco precedente che, come illustrato, tendeva a richiedere la dimostrazione dell'impossibilità vera e propria di ricorrere al mercato. Tale pretesa, infatti, rischia di tradursi nella richiesta di una prova quasi impossibile, risolvendosi, ancora una volta, in una sostanziale vanificazione della possibilità di auto-produzione del servizio pubblico da parte della pubblica

amministrazione attraverso una struttura societaria formalmente distinta, per esigenze di maggiore efficienza ed efficacia, dalla medesima amministrazione ma sostanzialmente rientrante nella propria capacità organizzativa.

In altri termini, la pronuncia in questione risulta prendere atto del particolare contesto attuale, ancora segnato dalla crisi sanitaria, economica e sociale causata dalla pandemia, e, in particolare, dalla stringente necessità che ne deriva di considerare come prioritarie, non solo le esigenze legate alla tutela e promozione della concorrenza, ma anche quelle connesse all'urgente bisogno di rilancio economico attraverso uno snellimento e una accelerazione delle procedure ad evidenza pubblica, come testimoniato dalla recente produzione legislativa e probabilmente anche da quella di prossima introduzione.

Inoltre, nella prospettiva così delineata, lo strumento dell'affidamento "*in house*" può costituire un prezioso strumento a disposizione delle pubbliche amministrazioni nel momento in cui si ravvisi la necessità di adeguare velocemente le modalità e le condizioni di erogazione di un servizio pubblico alle esigenze di interesse pubblico che possono manifestarsi e modificarsi in maniera anche estremamente repentina sotto la spinta degli stravolgimenti causati, non solo a livello strettamente sanitario, ma anche economico, sociale, occupazionale, dalla pandemia.

Del resto, vale anche la pena di non dimenticare come la volontà popolare si sia espressa, in occasione del referendum del 2011, nel senso di un assetto organizzativo in materia di servizi pubblici locali che contempli la possibilità di optare, sia pure motivatamente, per un affidamento diretto nei confronti di un soggetto su cui la stazione appaltante sia in grado di esercitare un controllo "analogo" a quello esercitato sui propri servizi e dunque meglio in grado di valorizzare le esigenze sociali connesse all'erogazione del servizio stesso, secondo una sensibilità che non si può pretendere dal soggetto privato, il quale è naturalmente animato da uno scopo di lucro e, dunque, di massimizzazione del profitto, in attuazione di un contratto di servizio stipulato con l'amministrazione affidante che, come tale, sostanzialmente cristallizza le condizioni di erogazione del servizio per la durata dall'affidamento stesso.

Così, anche sulla scorta di quanto appena evidenziato, sembra che la sentenza oggetto del presente commento abbia dischiuso una possibile prospettiva di "ritorno" del quadro di regole in tema di affidamento "*in house*" che si attesti sui livelli "minimi" di promozione e tutela della concorrenza propugnati in ambito euro-unitario, senza esasperazioni o comunque accentuazioni che rischiano di privare a priori la pubblica amministrazione di uno strumento organizzativo potenzialmente adatto, in termini di flessibilità e capacità di adattamento, a fronteggiare il, purtroppo perdurante, stato emergenziale, il quale richiede flessibilità e rapidità di esecuzione delle scelte amministrative.

¹Sul tema si v. A. Alaimo, A. Tempesta, *Affidamenti diretti e "in house": l'esperienza del Regno Unito*, in *Amministrare*, 2006, 425 ss.; J. Fenwick, K. Harrop, *Servizi pubblici locali nel Regno Unito. Privatizzazione e concorrenza*, in *Dir. ec.*, 2000, 53 ss.

²Corte di giustizia UE, 10 novembre 1998, in C-306/96, *Arnhem*, in *Racc.*, 1998, I, 6821.

³Corte di giustizia UE, sez. V, 9 settembre 1999, in C-108/98, *RI.SAN*, in *Cons. St.*, 1999, III, 1905.

⁴Corte di giustizia UE, 18 novembre 1999, in C-107/98, *Teckal*, in *Foro amm.*, 2001, 795.

⁵Sul tema sia consentito il rinvio a S. Monzani, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009, ivi ulteriori riferimenti.

⁶Corte di giustizia UE, sez. IV, 14 novembre 2002, in C-310/01, *Didi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 275.

⁷Corte di giustizia UE, sez. VI, 8 maggio 2003, in C-349/97, *Comm. CE c.Regno di Spagna*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 1069.

⁸Corte di giustizia UE, sez. I, 11 gennaio 2005, in C-26/03, *Stadt Halle*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 3023. Sul punto si v. anche Corte di giustizia UE, Grande sez., 21 luglio 2005, in C-231/03, *Co.Na.Me*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 2001, in cui non si è ravvisata un'adeguata forma di controllo in considerazione della partecipazione particolarmente esigua di un Comune affidante alla società affidataria nonché della possibile apertura del capitale ai privati.

⁹In tema, secondo G. Caia, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, la società potrà dirsi rispondente al modello di delegazione interorganica quando il controllo dell'ente locale sia attuato con mezzi, quali clausole statutarie, nomine *ex art.* 1449 c.c., convenzioni di diritto pubblico per il controllo congiunto, idonei ad assicurare che essa costituisca effettivamente un soggetto strumentale senza una propria autonomia decisionale, se non per i profili esecutivi. Sempre sulla tendenza restrittiva rispetto all'*in house*, si v. anche A. Clarizia, *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in *Giust. amm.*, 2005, 1061 ss.; L.R. Perfetti, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2006, 387 ss.; R. Ursi, *La Corte di giustizia stabilisce i criteri del controllo "in house"*, in *Foro it.*, 2006, pt. 1, 79 ss.; G.F. Ferrari, *Ancora sui requisiti Teckal: la coperta è sempre più corta*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2006, 1367 ss. Più di recente, si v. sempre di G. Caia, *Le società "in house": persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, 2020, 457 ss.

¹⁰Corte di giustizia UE, sez. I, 11 maggio 2006, in C-340/04, *Carbotermo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 2, 526.

¹¹Corte di giustizia UE, sez. I, 17 luglio 2008, in C-371/05, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 5.

¹²Corte di giustizia UE, sez. III, 13 novembre 2008, in C-324/07, *Coditel Brabant*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 2899. In tema si v. anche Corte di giustizia UE, sez. III, 29 novembre 2012, in C-182 e 183/11, *Econord*, in *Foro amm. CdS*, 2012, 2748, per cui "Qualora più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta".

¹³Corte di giustizia UE, sez. III, 10 dicembre 2009, in C-573/07, *Sea*, in *Guida al diritto*, 2009, 46, 80.

¹⁴Sul punto cfr. R. Morzenti Pellegrini, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali extra-codicistiche*, in *Foro amm. CdS*, 2009, 2233 ss.

¹⁵Sul tema si v., tra le altre, Corte Cost., 17 novembre 2010, n. 325, in *Giur. cost.*, 2010, 4501; Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5409, in *Foro amm. CdS*, 2012, 2638; Cons. St., sez. V, 10 settembre 2010, n. 6529, in www.giustizia-amministrativa.it; Corte conti, sez. Controllo Lombardia, parere n. 163 del 31 marzo 2011, in www.corteconti.it.

¹⁶Così, tra le altre, Corte di giustizia UE, sez. III, 13 novembre 2008, in C-324/07, *Coditel Brabant*, punto 48, cit.; Corte di giustizia UE, sez. V, 13 ottobre 2005, in C-458/03, *Parking Brixen*, punto 61, cit.; Corte di giustizia UE, sez. I, 11 gennaio 2005, in C-26/03, *Stadt Halle*, punto 48, cit.

¹⁷Tra le altre, nel senso indicato, Cons. St., sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137, in *Foro amm. CdS*, 1153; T.A.R. Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407, in *Foro amm. Tar*, 2008, 264; T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 11 agosto 2009, n. 2011, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, sul punto, si v. C.E. Gallo, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, in *Urb. e app.*, 2009, 1181, secondo il quale "non si può ritenere che la disciplina sulla concorrenza faccia premio sulla potestà auto-organizzatrice delle singole pubbliche amministrazioni". Sul punto cfr. anche F. Goisis, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e i suoi confini*, ivi, 2008, 579 ss.

18Così Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, in *Giur. cost.*, 2010, 4501.

19Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 24, in *Giur. cost.*, 2011, 247.

19Così, Corte cost., 20 luglio 2012, n. 144, in *Giur. cost.*, 2012, 2877.

20Nel senso indicato si v. Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 24, cit., nonché Corte cost., 28 marzo 2013, n. 50, in *Giur. cost.*, 2013, 811; Corte cost., 16 luglio 2014, n. 199, in *Giur. cost.*, 2014, 3194.

21Così, ad esempio, Cons. St., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4902, in *Foro amm.*, 2017, 1991. Nello stesso senso, tra le altre, si v. anche Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257, *ivi*, 2015, 76; Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, in *Foro amm. CdS*, 2013, 516.

22Sul punto, cfr. Cons. St., sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si è sottolineata, tra le altre cose, con specifico riferimento alla prospettiva economica, la necessità che l'amministrazione valuti la convenienza dell'affidamento del servizio secondo lo schema dell'*in house* rispetto all'alternativa costituita dal ricorso al mercato, attraverso una comparazione tra dati da svolgersi mettendo a confronto operatori privati operanti nel medesimo territorio, al fine di dimostrare che quello fornito dalla società *in house* è il più economicamente conveniente ed in grado di garantire la migliore qualità ed efficienza. Più in generale, sul tema, cfr. G. Ruberto, *La disciplina degli affidamenti in house nel d.lgs. 50/2016, tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea*, in www.federalismi.it.

23Cons. St., sez. III, 10 maggio 2021, n. 3682, in *Foro amm.*, 2021, 783; T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 14 giugno 2021, n. 1021, *ivi*, 1042. In senso analogo si è espresso anche T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 8 aprile 2021, n. 329, *ivi*, 626, in cui si è statuito che l'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara d'appalto, consentendo tali affidamenti solo in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché imponendo comunque all'Amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento. Ancora sul punto, T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 22 marzo 2021, n. 742, in www.giustizia-amministrativa.it, ha evidenziato come nell'applicare la norma in questione "l'Amministrazione deve, in particolare, dimostrare la reale convenienza di tale specie di affidamento rispetto alle condizioni economiche offerte dal mercato, con un onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta, sul piano dell'efficienza amministrativa, e del razionale impiego delle risorse pubbliche, al fine di impedire una riduzione della concorrenza, in danno delle imprese e dei cittadini". Nel medesimo senso anche T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 14 gennaio 2021, n. 45, in *Foro amm.*, 2021, 179.

24Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100, in *Giur. cost.*, 2020, 1209, la quale ha evidenziato, tra le altre cose, che il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee (cd. *gold plating*) va retamente interpretato in una prospettiva di riduzione degli "oneri non necessari", e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie "che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive". In tema si v. V. Ferrari, *Contratti pubblici: affidamenti in house vs concorrenza, legislazione regionale vs legislazione statale, favor per le imprese in crisi vs interessi dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2020, 3002 ss.

25Corte di giustizia UE, sez. IX, 6 febbraio 2020, nelle cause riunite C-89/19, C-90/19 e C-91/19, in *Foro amm.*, 2020, 201, la quale ha ribadito che dal principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche discende la "libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze". Conseguentemente, quel principio "autorizza a subordinare la conclusione di un'operazione interna 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".

26Sul punto cfr. E. Zampetti, *I servizi pubblici nel contesto pandemico. Riflessioni su libertà organizzativa affidamento in house e principio di sussidiarietà*, in questa *Rivista*, 2021.

27Cons. St., sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102, in www.giustizia-amministrativa.it; per un commento a tale pronuncia si v. A. Squazzoni, *Affidamento in house e motivazione del mancato ricorso al mercato*, in questa *Rivista*, 2021. In senso analogo anche Cons. St., sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351, in www.giustizia-amministrativa.it. Già in precedenza, Cons. St., sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564, *ivi*, aveva rilevato come l'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici imponga che l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione, che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi: a) la prima condizione consiste nell'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato. Tale condizione muove dal ritenuto carattere secondario e residuale dell'affidamento *in house*, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato fallimento del mercato rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine a "gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche", cui la società *in house* invece

supplirebbe; b) la seconda condizione consiste nell'obbligo di indicare, a quegli stessi propositi, gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house* (dimostrazione che non è invece necessario fornire in caso di altre forme di affidamento - con particolare riguardo all'affidamento tramite gare di appalto). Anche qui la previsione dell'ordinamento italiano di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti *in house* muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica, relegandoli ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese.

28Cons. St., sez. Cons., parere 7 ottobre 2021, n. 1073, in www.giustizia-amministrativa.it.

29Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023, in www.giustizia-amministrativa.it.

30Sempre nel senso che la pubblica amministrazione detiene la possibilità, sulla base dei principi che regolano gli affidamenti pubblici anche a livello europeo, di scegliere con ampia discrezionalità se assumere il servizio in prima persona mediante le proprie strutture oppure affidarlo mediante "*in house providing*", ovvero mediante procedura di appalto, si v., di recente, T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 8 febbraio 2021, n. 1594, in *Foro amm.*, 2021, 308.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2363 – 8 giugno 2022

La revisione prezzi nei contratti pubblici: disciplina legale eccezionale, discrezionalità della stazione appaltante e rimedi civilistici (nota a T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 10 marzo 2022, n. 239)

di Saul Monzani

Sommario: 1. La connotazione codicistica del contratto d'appalto: in particolare, l'allocazione del rischio in capo al soggetto appaltatore. Le peculiarità del contratto pubblico di appalto. - 2. L'istituto della revisione dei prezzi nella normativa più recente sui contratti pubblici. - 3. L'attuale disciplina "eccezionale" in tema di revisione dei prezzi nei contratti pubblici. - 4. Conclusioni: riconoscimento legale della revisione prezzi e residua discrezionalità della stazione appaltante.

1. La connotazione codicistica del contratto d'appalto: in particolare, l'allocazione del rischio in capo al soggetto appaltatore. Le peculiarità del contratto pubblico di appalto.

In ambito civilistico, il contratto d'appalto, così come descritto dall'art. 1655 c.c., prevede che l'appaltatore assuma l'impegno di svolgere una certa attività "con organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio"¹. Ciò implica che, in via generale, il corrispettivo pattuito sia fondamentalmente invariabile, restando a carico dell'appaltatore ogni evenienza che possa capitare dopo la stipulazione del contratto. Le uniche eccezioni a tale principio sono costituite dalla possibilità di chiedere la revisione del prezzo nei casi di aumento, o diminuzione, del costo dei materiali o della manodopera in misura superiore al decimo del prezzo convenuto e per effetto di circostanze imprevedibili o di difficoltà di esecuzione non previste dalle parti (art. 1664 c.c.), nonché dall'ipotesi di risoluzione del contratto oppure di

modifica delle condizioni di esecuzione dello stesso nei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta eccedente l'alea normale del contratto per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili (1467 c.c.).

Per quanto riguarda i contratti pubblici, invece, storicamente, si è evidenziata una maggiore sensibilità del legislatore ad intervenire, soprattutto in caso di situazioni di mercato eccezionali determinate da eventi su larga scala, quali guerre ed inflazione, al fine di consentire la revisione dei prezzi a vantaggio degli operatori impegnati nell'esecuzione di contratti d'appalto con la pubblica amministrazione².

In tale ambito, l'istituto della revisione dei prezzi è stato considerato rivestire, da un lato, “la finalità di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse...e della conseguente incapacità del fornitore di farvi compiutamente fronte; dall'altro di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto”³.

Così individuata la *ratio* dell'istituto oggetto del presente commento, occorre anche rilevare, sempre in via generale, come la giurisprudenza amministrativa abbia comunque “modellato” il meccanismo della revisione prezzi di un contratto pubblico d'appalto al fine di preservare un certo equilibrio tra interessi della stazione appaltante e quelli degli operatori, evitando uno sbilanciamento a favore di questi ultimi; ciò in coerenza con il modello legale del contratto d'appalto che, come poc'anzi evidenziato, presuppone comunque l'allocazione di un fisiologico margine di rischio in capo all'appaltatore (e non certo l'azzeramento sostanziale dello stesso).

Così, si è statuito che l'inserzione di una clausola di revisione periodica del prezzo negli atti di gara non comporta anche il diritto all'automatico aggiornamento del corrispettivo contrattuale, ma soltanto l'interesse legittimo a che l'Amministrazione svolga un'adeguata istruttoria a seguito della richiesta di revisione al fine di accertare la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale, nella prospettiva “di pervenire ad un corretto bilanciamento tra l'interesse dell'appaltatore alla revisione e l'interesse pubblico connesso al risparmio di spesa, ed alla regolare esecuzione del contratto aggiudicato”⁴. In tema, si registra la presa di posizione anche della giurisdizione ordinaria, la quale ha avuto modo di ribadire che “il diritto dell'appaltatore alla revisione dei prezzi sorge solo quando, a lavori compiuti, la pubblica amministrazione adotti un espresso provvedimento attributivo della revisione e determini il compenso revisionale spettante all'appaltatore il quale, fino a tale momento, è portatore di un interesse legittimo pretensivo, sicché...non vi è un diritto dell'appaltatore di pretendere la revisione,... poiché l'ammontare della revisione potrà essere determinato solo quando la pubblica amministrazione avrà deciso se ed in che misura corrisponderla”⁵.

L'individuazione della posizione giuridica fatta valere dall'operatore richiedente la revisione dei prezzi ha, evidentemente, una diretta conseguenza sulla determinazione della giurisdizione rispetto all'eventuale contenzioso che ne può derivare. Sul punto, come è noto, il disposto di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2 del Codice del processo amministrativo, di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ha ricondotto le controversie in tema di revisione del prezzo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In tema, la giurisprudenza ha specificato che nel caso in cui sia in contestazione esclusivamente l'espletamento di una prestazione già puntualmente prevista nel contratto e disciplinata in ordine all'*an* e al *quantum* del corrispettivo, così che la controversia incardinata dall'appaltatore ai fini della percezione del compenso revisionale ha ad oggetto una mera pretesa di adempimento contrattuale comportando l'accertamento dell'esistenza di un diritto soggettivo, si ricade nell'ambito della giurisdizione ordinaria. Diversamente, qualora la posizione fatta valere dall'appaltatore tragga origine dall'attivazione della clausola di revisione del prezzo, essa dovrà essere riconosciuta sulla base dell'istruttoria condotta dai competenti organi tecnici dell'Amministrazione, rendendo pertanto configurabile l'esercizio di un potere di supremazia in capo all'ente appaltante che costituisce estrinsecazione di un apprezzamento discrezionale. Quest'ultimo viene svolto attraverso l'attività istruttoria, così che l'esercitata pretesa nella fase procedimentale degrada al mero rango di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione dei giudici amministrativi⁶.

Inoltre, tornando all'impostazione giurisprudenziale circa l'istituto revisionale nei contratti d'appalto pubblici, si è sottolineato come gli istituti volti al riequilibrio del sinallagma contrattuale non assumano affatto, come già accennato in precedenza, “come obiettivo l'azzeramento del rischio di impresa connesso alla sopportazione in capo all'appaltatore dell'alea contrattuale normale riconducibile a sopravvenienze, quali l'oscillazione generale e diffusa dei prezzi”, dovendosi fare riferimento, ai fini in esame, “non già ad aumenti di costi di fattori della produzione prevedibili – anche dal punto di vista della loro consistenza valoriale – nell'ambito del normale andamento dei mercati relativi”, bensì al fatto di aver fornito la prova “rigorosa”, non circa il “maggior costo sostenuto rispetto a quello ipotizzato in sede di offerta”, ma in merito alla “sussistenza di eventuali circostanze imprevedibili che abbiano determinato aumenti o diminuzioni nei costi”⁷. In tale ottica, si è aggiunto che “risulterebbe singolare un'interpretazione che esentasse del tutto, in via eccezionale, l'appaltatore dall'alea contrattuale, sottomettendo in via automatica ad ogni variazione di prezzo solo le stazioni appaltanti pubbliche, pur destinate a far fronte ai propri impegni contrattuali con le risorse finanziarie provenienti dalla collettività”⁸.

2. L'istituto della revisione dei prezzi nella normativa più recente sui contratti pubblici.

Il previgente Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, se, da un lato, escludeva la revisione prezzi nonché l'applicazione dell'art. 1664 c.c. in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta per i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti, stabilendo il criterio del “prezzo chiuso” (ovvero quello risultante dall'offerta aggiornato al tasso di inflazione se superiore ad una certa soglia), dall'altro lato, contemplava anche una fattispecie in deroga per cui qualora il prezzo di singoli materiali da costruzione, per effetto di circostanze eccezionali, subisse variazioni in aumento o in diminuzione, superiori al dieci per cento rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture nell'anno di presentazione dell'offerta, si poteva dare luogo a compensazioni, in aumento o in diminuzione, per la metà della percentuale eccedente il dieci per cento. Inoltre, sempre il previgente Codice, stabiliva, all'art. 115, l'obbligo da parte delle stazioni appaltanti di inserire nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture una clausola di revisione periodica del prezzo.

Diversamente, l'art. 106, comma 1, lett. a) del Codice vigente, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, dispone in maniera uniforme per lavori, servizi e forniture, che “I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti⁹. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto”. Viene poi stabilita una regola specifica per gli appalti di lavori, la quale prevede la possibilità di revisione solo in caso di variazioni in misura eccedente il dieci per cento dei prezzi originari e comunque nei limiti della metà del relativo importo, così riferendosi più alle modifiche dei costi dei singoli materiali che assumendo quale parametro di riferimento l'intero importo contrattuale¹⁰.

Ne deriva che nel quadro normativo vigente, viene rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la decisione di inserire, o meno, negli atti di gara, la possibilità di revisione dei prezzi, così come di stabilire la relativa disciplina.

Sul punto, si è chiarito che, con particolare riferimento ai servizi e forniture, “la revisione non è obbligatoria per legge come nella previgente disciplina, ma opera solo se prevista dai documenti di gara, con la conseguente inapplicabilità del principio di inserimento automatico delle clausole relative alla revisione prezzi e di sostituzione delle eventuali clausole contrattuali difformi¹¹.

Ciò sta a significare che la stazione appaltante ben potrebbe non prevedere alcuna clausola di revisione dei prezzi o sottoporre tale possibilità a limiti o condizioni.

Nello stesso senso si è espressa anche la dottrina, la quale ha sottolineato come relativamente alla revisione dei prezzi, il nuovo Codice abbia operato un'autentica rivoluzione, “precludendo qualsiasi automatismo”, con l'effetto di attuare un “ripristino in via generale del rischio a carico dell'appaltatore” proprio in quanto “in difetto di indicazione sin dagli atti di gara di una precisa disposizione in materia di revisione periodica del prezzo, l'appaltatore non può formulare alcuna pretesa in corso di esecuzione”¹².

Tale impostazione è stata ritenuta compatibile anche con il diritto euro-unitario: infatti, si è ritenuto che “il diritto dell'Unione consente a norme di diritto nazionale di non prevedere la revisione periodica dei prezzi dopo l'aggiudicazione di appalti”¹³.

Ciò posto, si tratta di verificare se la facoltatività della clausola di revisione prezzi nell'ambito dei contratti pubblici sia in qualche modo “temperata” dalla possibilità da parte dell'operatore di ricorrere comunque ai rimedi civilistici, la cui applicazione era espressamente esclusa, con particolare riferimento all'art. 1664, comma 1, c.c., dal previgente Codice.

Sul punto, partendo proprio dal presupposto per cui il vigente Codice dei contratti pubblici non ha riprodotto l'espressa esclusione circa l'applicazione della norma predetta, si è giunti a ritenere che, ove gli atti di gara non prevedano alcuna clausola di revisione dei prezzi (o addirittura contemplino una previsione di esclusione della revisione dei prezzi), torni a potersi applicare la norma di cui all'art. 1664 c.c.¹⁴.

La stessa sentenza oggetto precipuo del presente commento ha escluso che, pur in presenza di una espressa esclusione negli atti di gara di ogni ipotesi di revisione del prezzo, l'impresa appaltatrice rimanga sprovvista di mezzi di tutela nel caso in cui si verifichi un aumento esorbitante dei costi del servizio in grado di azzerarne o comunque di comprometterne in modo rilevante la redditività: nel corso del rapporto, infatti, anche in presenza di una previsione escludente della legge di gara, qualora si verifichi un aumento imprevedibile del costo del servizio in grado di alterare il sinallagma contrattuale rendendo il contratto eccessivamente oneroso per l'appaltatore, questi può sempre esperire il rimedio civilistico di cui all'art. 1467 c.c., chiedendo la risoluzione del contratto di appalto per eccessiva onerosità sopravvenuta, alle condizioni previste dalla norma in questione, tra cui, lo squilibrio complessivo del rapporto contrattuale (e non già riferito ad aumenti di singole voci dello stesso)¹⁵.

3. L'attuale disciplina “eccezionale” in tema di revisione dei prezzi nei contratti pubblici.

Da ultimo, prendendo atto degli “aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione”, come conseguenza del contesto di grave crisi internazionale sul piano politico ed economico, oltre che a seguito della pandemia da Covid-19, l'art. 1-*septies* del d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito nella legge 23 luglio 2021, n. 106 (relativamente all'anno 2021) ha introdotto temporaneamente una disciplina derogatoria di quanto previsto nel vigente Codice dei contratti pubblici, in base alla quale la revisione dei prezzi relativi ai contratti pubblici in corso è ammessa, indipendentemente dalle previsioni degli atti di gara, tramite compensazioni determinate dall'incremento dei costi dei materiali superiori ad una certa soglia, come rilevati in appositi decreti del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile (MIMS), per ciascun periodo di riferimento¹⁶.

In sostanza, secondo il meccanismo ora in commento, la compensazione è determinata applicando alle quantità dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori, ovvero annotate sotto la sua responsabilità nel libretto delle misure, le variazioni dei relativi prezzi, con riferimento alla data dell'offerta, eccedenti l'otto per cento, come rilevate dall'apposito decreto.

Inoltre, è stato previsto che le stazioni appaltanti provvedono alle compensazioni dovute secondo quanto appena illustrato nei limiti del cinquanta per cento delle risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, nonché utilizzando le eventuali ulteriori somme a disposizione della stazione appaltante per lo stesso intervento e stanziare annualmente. Possono, altresì, essere utilizzate le somme derivanti da ribassi d'asta, qualora non ne sia prevista una diversa destinazione sulla base delle norme vigenti, nonché le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi ed emanati i certificati di regolare esecuzione nel rispetto delle procedure contabili della spesa e nei limiti della residua spesa autorizzata.

A fronte dell'incremento, talvolta gravoso, delle necessità finanziarie rispetto a quanto originariamente previsto ed impegnato, la normativa in questione ha previsto la possibilità

per le stazioni appaltanti, in caso di insufficienza delle risorse individuate come sopra, di accedere ad un fondo per l'adeguamento prezzi costituito presso il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili.

Per quanto riguarda, invece, l'anno 2022, è intervenuto di recente il d.l. 17 maggio 2022, n. 50 (c.d. Decreto “aiuti”) il quale, abrogando la normativa di poco precedente di cui all'art. 25 del d.l. 1° marzo 2022, n. 17 conv. nella l. 27 aprile 2022, n. 34, ha posto una ulteriore disciplina in tema di revisione prezzi con riguardo alle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore lavori ovvero dal medesimo annotate nel libretto delle misure, dal 1° gennaio al 31 dicembre 2022.

Ebbene, in base a quest'ultima normativa, la revisione dei prezzi, sempre muovendo dal presupposto degli “aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione” e relativamente ad appalti pubblici di lavori le cui offerte siano state presentate entro il 31 dicembre 2021, è accordata dalle stazioni appaltanti, “anche in deroga alle specifiche clausole contrattuali”, sulla base dei prezzi regionali (da aggiornarsi entro il 31 luglio 2022) e, nelle more, incrementando fino al venti per cento le risultanze dei prezzi regionali aggiornati al 31 dicembre 2021. Ebbene, sempre in base alla disciplina ora in commento, i maggiori importi derivanti dall'applicazione dei prezzi regionali sono riconosciuti dalle stazioni appaltanti, al netto dei ribassi formulati in sede di offerta, nella misura del novanta per cento e nei limiti delle risorse disponibili. Per quanto riguarda le somme eventualmente riconosciute dalle stazioni appaltanti nelle more dell'aggiornamento dei prezzi, è previsto che le medesime, anche in deroga a quanto previsto negli atti di gara, procedano ai relativi conguagli rispetto ai valori aggiornati in occasione del pagamento degli stati di avanzamento dei lavori afferenti alle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore lavori, ovvero dallo stesso annotate nel libretto delle misure, successivamente all'adozione del prezzo aggiornato.

Inoltre, sempre in tema di normativa “eccezionale”, occorre ricordare come l'art. 29 del d.l. 27 gennaio 2022, n. 4 (conv. dalla legge 28 marzo 2022, n. 25), al fine “di incentivare gli investimenti pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria globale derivante dalla diffusione del virus SARS-CoV-2”, abbia disposto l'obbligo, fino al 31 dicembre 2023, di inserire negli atti delle procedure ad evidenza pubblica, clausole di revisione del prezzo.

La stessa norma prevede, in particolare, per i lavori, che, in deroga al Codice dei contratti pubblici, le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione, in aumento o in diminuzione, sono valutate dalla stazione appaltante soltanto se esse risultino superiori al cinque per cento rispetto al prezzo rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, anche tenendo conto di quanto previsto dal decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili. In tal caso si procede a compensazione, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il cinque per cento e comunque in misura pari all'ottanta per cento di detta eccedenza, nel limite delle risorse disponibili. E' stato inoltre precisato, nella medesima sede, che sono esclusi dalla compensazione i lavori contabilizzati nell'anno solare di presentazione dell'offerta.

Quest'ultimo punto delle norme ora in commento riproduce l'impostazione giurisprudenziale, cui aderisce anche la sentenza che ha dato spunto al presente commento, per la quale “la revisione dei prezzi in tanto è concepibile in quanto si riferisca alle annualità di contratto successive alla prima”¹⁷ ovvero, in altri termini, si riprende il concetto per

cui "l'aggiornamento del corrispettivo contrattuale...non riguarda, per sua stessa natura, il primo anno di riferimento della prestazione, ma comprende necessariamente il corrispettivo riferibile a tutte le annualità contrattuali successive al primo anno"¹⁸.

4. Conclusioni: riconoscimento legale della revisione prezzi e residua discrezionalità della stazione appaltante.

In definitiva, per i noti motivi legati al contesto globale post-pandemico e alla situazione di tensione geopolitica internazionale in atto, l'istituto della revisione prezzi è tornato a rivestire un aspetto di grande attualità nel panorama della disciplina in tema di contratti pubblici, in concomitanza con l'acuirsi della tendenza inflattiva relativa soprattutto, ma non solo, al cospicuo aumento del costo delle materie prime¹⁹.

Entro tale cornice, si inseriscono i recenti interventi legislativi che hanno riguardato, in primo luogo, i contratti (aventi ad oggetto lavori pubblici) in corso, rispetto ai quali si è operata una sorta di riconoscimento legale della spettanza in capo all'operatore della revisione prezzi, sia pure entro certi limiti, attraverso una procedura predeterminata e con riferimento a rilevazioni effettuate dal Ministero competente o dalle regioni. In questi casi, pertanto, sembra essere stato introdotto un vero e proprio diritto, più che un mero interesse legittimo, dell'appaltatore alla revisione del prezzo riferito ai materiali oggetto della ricognizione ministeriale.

In altri termini, nelle situazioni rientranti nelle casistiche individuate dalla normativa vigente, la compensazione in aumento a favore degli appaltatori (così come, in astratto, anche quella in diminuzione) viene effettuata, secondo la procedura prevista, in deroga al Codice dei contratti pubblici che, come visto, ammette la possibilità di revisione solo se espressamente contemplata negli atti di gara, nonché indipendentemente dalla formulazione di questi ultimi, ovvero anche se essi, per ipotesi, dovessero contenere, al contrario, clausole di esclusione della revisione prezzi (pienamente legittime in base alla disciplina "ordinaria" del Codice vigente). Inoltre, il riconoscimento della compensazione, nelle ipotesi ora in considerazione, sembra prescindere dall'onere in capo all'appaltatore interessato di fornire prova del carattere eccezionale dell'aumento e della sua consistenza: ciò proprio in quanto è lo stesso Ministero, o la regione, ad avere accertato d'ufficio la sussistenza di tali circostanze.

Sempre per quanto riguarda gli appalti di lavori in corso alla data di entrata in vigore della l. 23 luglio 2021, n. 106, paiono rimanere nell'alveo della discrezionalità della stazione appaltante le eventuali richieste di compensazione formulate dagli operatori che riguardino materiali non ricompresi nella ricognizione "istituzionale". In tali ipotesi, la posizione giuridica soggettiva dell'appaltatore sembra tornare ad essere riconducibile all'interesse legittimo a che la stazione appaltante svolga un'adeguata istruttoria in relazione alla prova, di cui è onerato l'operatore stesso, circa l'entità della variazione di costo rispetto a quanto esposto nella propria offerta e la sua eccezionalità nel senso della imprevedibilità.

Per ciò che attiene, invece, alle procedure pubblicate dopo l'entrata in vigore del d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, il legislatore ha, più semplicemente, ripristinato, in via temporanea fino al 31 dicembre 2023, l'obbligo di inserimento negli atti di gara di clausole di revisione del prezzo, lasciando così alla stazione appaltante la discrezionalità di "modellare" l'effettivo

contenuto di siffatte previsioni, almeno nel caso di servizi e forniture, pur delineando in maniera più precisa la fisionomia del meccanismo di revisione per quanto riguarda i lavori, i quali, come illustrato, sono oggetto anche dell'ulteriore e più recente disciplina di cui al d.l. 17 maggio 2022, n. 50.

In ogni caso, laddove resti demandato alla stazione appaltante definire il contenuto delle clausole di revisione dei prezzi, appare comunque doveroso, in ossequio alla illustrata giurisprudenza che si è espressa in tema, esigere dall'operatore che richiede la revisione la prova "rigorosa" circa la sussistenza di circostanze "imprevedibili" che abbiano determinato aumenti nei costi.

Il tutto fermo restando, secondo quanto di recente puntualizzato dalla sentenza oggetto precipuo del presente commento, il ricorso ai rimedi civilistici, perlomeno a quello di cui all'art. 1467 c.c., il quale, come già rilevato, si riferisce ai casi, straordinari e imprevedibili, di squilibrio complessivo del sinallagma contrattuale, e non all'aumento di singole voci di costo.

Maggiormente problematica, invero, appare la possibilità di invocare, nell'ambito di un contratto pubblico, il disposto di cui all'art. 1664 c.c., e ciò in quanto tale eventualità sembrerebbe in grado di vanificare l'eventuale intento di una stazione appaltante, riconosciuto come legittimo secondo il disposto del vigente Codice dei contratti pubblici e fatta salva la disciplina eccezionale poc'anzi illustrata, di escludere la revisione prezzi, in modo da tenere fermo il quadro economico-finanziario originariamente previsto²⁰. In altre parole, nel momento in cui gli atti di gara contengano una clausola di esclusione della revisione del prezzo, risulterebbe singolare, al di fuori del periodo eccezionale ora in corso, ritenere che essa possa essere comunque essere invocabile nell'ambito di un contratto pubblico per effetto della disciplina civilistica.

¹ In tema, tra i tanti, si v. D. Rubino, G. Iudica, *Dell'appalto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Libro quarto, Bologna-Roma, 1992, 229 ss.

² In tema, per ulteriori approfondimenti, cfr. M. Zoppoloto, A. Comparoni, *Revisione dei prezzi*, in Aa.Vv., *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, t. IV, Milano, 2019, 67 ss., ivi ulteriori riferimenti.

³ Cons. St., sez. V, 16 giugno 2020, n. 3874, in www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso, tra le altre, Cons. St., sez. III, 20 agosto 2018, n. 4985, *ivi*; Cons. St., sez. III, 5 marzo 2018, n. 1337, *ivi*; Cons. St., sez. VI, 7 maggio 2015, n. 2295, *ivi*; Cons. St., sez. III, 4 marzo 2015, n. 1074, in *Foro amm.*, 2015, 701; Cons. St., sez. V, 20 agosto 2008, n. 3994, in *Foro amm.CdS*, 2008, 2097; Cons. St., sez. III, 19 luglio 2011, n. 4362, *ivi*, 2011, 2366; Cons. St., sez. V, 14 maggio 2010, n. 3019, *ivi*, 2010, 1045. Di recente, nei termini illustrati, si v. T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 4 novembre 2021, n. 11309, in *Foro amm.*, 2021, 1777; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 7 luglio 2021, n. 211, *ivi*, 1178.

⁴ Così, Cons. St., sez. III, 6 agosto 2018, n. 4827, in www.giustizia-amministrativa.it. Nel medesimo senso anche Cons. St., sez. III, 19 giugno 2018, n. 3768, in *Foro amm.*, 2018, 965; Cons. St., sez. III, 9 gennaio 2017, n. 25, *ivi*, 2017, 20. Di recente, sul punto, cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III-*quater*, 15 febbraio 2022, n. 1818, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 14 gennaio 2022, n. 63, *ivi*; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 15 luglio 2021, n. 4902, in *Foro amm.*, 2021, 1206.

⁵ Cass. civ., sez. I, 3 ottobre 2018, n. 24096, in *Foro amm.*, 2019, 778.

⁶ Così, di recente, Cass. civ., Sez. un., 8 febbraio 2022, n. 3935, in *Guida al diritto*, 2022, 8. In tema, sempre di recente, si v. anche Cass. civ., Sez. un., 22 novembre 2021, n. 35952, in *Giust. Civ. Mass.*

7 T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 18 febbraio 2021, n. 435, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In senso conforme anche Id., sez. IV, 26 gennaio 2022, n. 178, *ivi*; sul punto si v. anche T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 3 luglio 2020, n. 504, in *Foro amm.*, 2020, 1482, in cui si è puntualizzato ulteriormente che se il meccanismo in questione “deve prevedere la correzione dell'importo previsto *ab origine* in esito al confronto comparativo — per prevenire il pericolo di un'indebita compromissione del sinallagma contrattuale — il riequilibrio non si risolve in un automatismo perfettamente ancorato ad ogni variazione dei valori delle materie prime (o dei quantitativi), che ne snaturerebbe la *ratio* trasformandolo in una clausola di indicizzazione. In sostanza, è onere dell'appaltatore fornire la prova che nel corso del rapporto contrattuale i prezzi delle materie prime sia aumentato, a causa di circostanze eccezionali e imprevedibili, in misura tale da erodere in modo significativo l'utile di impresa derivante dalla commessa, compromettendo la capacità dell'imprenditore di far fronte compiutamente alle prestazioni oggetto dell'appalto”. Sul punto si v. anche Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2016, n. 10165, in *Guida al diritto*, 2016, 40, 59, la quale ha sottolineato che “Anche in tema di appalti pubblici il contratto di appalto comporta che l'appaltatore assume il compimento di un'opera con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione proprie e a proprio rischio”.

8 Così, Cons. St., sez. III, 25 marzo 2019, n. 1980, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

9 Il riferimento è da intendersi all'art. 213, comma 3, lett. h-*bis*), del vigente Codice dei contratti pubblici, il quale affida ad ANAC, al fine di favorire l'economicità dei contratti pubblici e la trasparenza delle condizioni di acquisto, il compito di elaborare apposite linee guida, fatte salve le normative di settore, inerenti l'elaborazione dei costi standard dei lavori e dei prezzi di riferimento di beni e servizi, avvalendosi a tal fine, sulla base di apposite convenzioni, del supporto dell'ISTAT e degli altri enti del Sistema statistico nazionale, alle condizioni di maggiore efficienza, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico della pubblica amministrazione, avvalendosi eventualmente anche delle informazioni contenute nelle banche dati esistenti presso altre Amministrazioni pubbliche e altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici.

10 L'art. 106 in commento del Codice fa, poi, salva l'applicazione della norma di cui all'art. 1, comma 511, della l. 28 dicembre 2015, n. 208, la quale si riferisce ai contratti pubblici relativi a servizi e forniture ad esecuzione continuata o periodica stipulati da un soggetto aggregatore nei quali sia stata inserita una clausola di revisione e adeguamento dei prezzi collegata o indicizzata al valore di beni indifferenziati. In tale fattispecie, è previsto che nel caso in cui si sia verificata una variazione nel valore dei predetti beni che abbia determinato un aumento o una diminuzione del prezzo complessivo in misura non inferiore al dieci per cento e tale da alterare significativamente l'originario equilibrio contrattuale, come accertato dall'autorità indipendente preposta alla regolazione del settore relativo allo specifico contratto ovvero, in mancanza, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'appaltatore o il soggetto aggregatore hanno facoltà di richiedere una riconduzione ad equità o una revisione del prezzo medesimo. In caso di raggiungimento dell'accordo, i soggetti contraenti possono, nei trenta giorni successivi a tale accordo, esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'art. 1373 c.c. Nel caso, invece, di mancato raggiungimento dell'accordo le parti possono consensualmente risolvere il contratto senza che sia dovuto alcun indennizzo come conseguenza della risoluzione del contratto, fermo restando quanto previsto dall'art. 1467 c.c. Le parti, inoltre, sempre secondo la specifica normativa ora in commento, possono chiedere all'autorità che provvede all'accertamento di cui al presente comma di fornire, entro trenta giorni dalla richiesta, le indicazioni utili per il ripristino dell'equilibrio contrattuale ovvero, in caso di mancato accordo, per la definizione di modalità attuative della risoluzione contrattuale finalizzate a evitare disservizi.

11 In tal senso, Cons. St., sez. III, 19 giugno 2018, n. 3768, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

12 M. Zoppolato, A. Comparoni, *op. cit.*, 97.

13 Corte di giustizia Ue, sez. IX, 19 aprile 2018, in C-152/17, in *Foro amm.*, 2018, 544, resa con riferimento ai settori speciali ma il cui enunciato di principio appare valido anche nei settori ordinari. In senso conforme, di recente, si v. anche Cons. St., sez. IV, 4 aprile 2022, n. 2446, in *Guida al diritto*, 2022, 15.

14 M. Zoppolato, A. Comparoni, *op. cit.*, 94. Sulla applicabilità dell'art. 1664 c.c. ai contratti di appalto pubblici si v. Cass. civ., sez. I, 6 marzo 2018, n. 5267, in *Giust. Civ. Mass.*, 2018; Corte d'Appello L'Aquila, 3 novembre 2020, n. 1480, in *www.dejure.it*.

15 Secondo la giurisprudenza l'eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto può essere invocata, ai sensi dell'art. 1467 c.c., quando l'originario assetto di interessi sotteso al contratto abbia subito un'alterazione tale da rendere eccessivamente gravosi gli obblighi gravanti su uno dei due contraenti per effetto di fattori eccezionali e imprevedibili di natura oggettiva che le parti non hanno avuto la possibilità di ponderare al momento dell'instaurazione del rapporto: così, di recente, Trib. Firenze, sez. II, 13 agosto 2021, n. 1737, in *Guida al diritto*, 2022, 2; sempre nella medesima prospettiva, ribadendo la riconducibilità della eccessiva onerosità sopravvenuta ad eventi straordinari ed imprevedibili che non rientrano nell'ambito della normale alea contrattuale, si è precisato che “il carattere della straordinarietà è di natura oggettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi, quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, suscettibili di misurazioni (e quindi, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico), mentre il carattere della imprevedibilità ha fondamento soggettivo, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza”: così Corte d'Appello Roma, sez. II, 29 maggio 2020, n. 2565, in *www.dejure.it*.

16 La rilevazione dei prezzi riguardante il primo semestre del 2021 è avvenuta con decreto MIMS del 11 novembre 2021, mentre quella relativa al secondo semestre 2021 è intervenuta con decreto MIMS del 5 aprile 2022.

17 Cons. St., sez. II, 17 marzo 2021, n. 2298, in *Foro amm.*, 2021, 474.

18 Così, T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 19 agosto 2019, n. 4362, in *Foro amm.*, 2019, 1349; nello stesso senso, si v. anche T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 25 settembre 2017, n. 1518, *ivi*, 2017, 1932, nonché Cass. civ., sez. I, 6 giugno 2016, n. 11577, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016.

19 Il Presidente di Anac così si è espresso nel comunicato del 22 febbraio 2022: “In questo momento...bisogna avere clausole di adeguamento dei prezzi che tengano conto dei costi reali, indicizzando i valori inseriti nel bando di gara. Altrimenti rischiamo di vanificare lo sforzo del Pnrr, perché le gare di appalto andranno deserte, o favoriranno i “furbetti” che punteranno subito dopo l’aggiudicazione a varianti per l’aumento dei prezzi. Molto meglio stabilire dei meccanismi trasparenti e sicuri di indicizzazione, così da favorire un’autentica libera concorrenza e apertura al mercato plurale, e serietà in chi si aggiudica l’appalto”.

20 In senso favorevole all'applicabilità dell'art. 1664 c.c. ai contratti di appalto pubblici si v. la giurisprudenza citata alla nota n. 14 mentre nel senso della specialità della disciplina sui contratti pubblici rispetto a quella civilistica, con conseguente prevalenza della prima, cfr. Cons. St., sez. V, 21 luglio 2015, n. 3594, in www.giustizia-amministrativa.it.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2468 – 22 settembre 2022

Incertezza normativa e principio di autoresponsabilità degli operatori economici: sempre più verso una “Italia immobile”? (nota a Cons. Stato, IV, 19 aprile 2022, n. 2915)

di Clara Napolitano

Sommario: 1. I fatti. – 2. I limiti dell'affidamento riposto nell'atto illegittimo e la loro traslazione sull'atto normativo. – 3. Affidamento e attività normativa: itinerari di un conflitto. – 4. Affidamento, proporzionalità e ragionevolezza. – 4.1. Quando la norma peggiorativa può essere retroattiva: interessi pubblici, affidamento non legittimo, effetto ripristinatorio del giudicato. – 5. Cenni conclusivi.

1. I fatti

Un complesso appello, quello proposto al Consiglio di Stato da una società che contesta la legittimità di un atto ministeriale ritenuto lesivo dei propri interessi.

La vicenda sottesa alla pronuncia qui annotata si sviluppa nel giro di qualche anno, passiamone in rassegna i punti salienti.

Agli inizi degli anni 2000 sono predisposti tre programmi di agevolazione fiscale di durata pluriennale al fine di favorire l'avviamento del mercato nazionale di biodiesel: i programmi, ricevuta l'approvazione preventiva della Commissione europea circa la loro compatibilità con il divieto di aiuti di Stato di cui all'art. 108, par. 3, TFUE, sono disciplinati con due d.m. rispettivamente del 2003 e del 2008.

Con due sentenze del Consiglio di Stato – la n. 812/2012[1] e la n. 1120/2012[2] – sono poi annullate, in quei d.m., disposizioni concernenti i criteri di assegnazione ai produttori di biodiesel dei quantitativi di prodotto esenti dall'accisa prevista dalla legislazione vigente.

Nel vuoto normativo venutosi a creare, il Consiglio di Stato si pronuncia nuovamente – con sentenza n. 998/2014[3] – ordinando al Ministero di concludere il procedimento di adozione della nuova disciplina regolamentare: la quale, infine, è approvata col d.m. n. 37/2015.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, col nuovo decreto, nel dichiarato intento di conformarsi ai giudicati, prevede all'art. 3 la rideterminazione delle quote alle ditte precedentemente ammesse all'agevolazione, tenuto conto dei nuovi criteri individuati. La rideterminazione, ovviamente, vale "ora per allora" in ossequio agli effetti retroattivi dell'annullamento giurisdizionale.

Nasce qui la vicenda giurisdizionale che impegna il Consiglio di Stato: una società beneficiaria di quelle agevolazioni, nella consapevolezza di subire, con i nuovi criteri, una rideterminazione retroattiva *in pejus* delle quote di biodiesel esonerato dall'accisa, impugna il d.m. n. 37/2015 innanzi al Tar Lazio, sede di Roma.

Il Giudice amministrativo di prime cure rigetta il ricorso, respingendone integralmente i motivi: tra tutti, quello secondo il quale la società ricorrente avrebbe sofferto la lesione del suo legittimo affidamento stante la rimodulazione *in pejus* delle quote di biodiesel con norma retroattiva.

Per il Tribunale, l'irretroattività dei provvedimenti normativi costituisce invero un principio inderogabile soltanto con riferimento alla legge penale, mentre – relativamente al d.m. n. 37/2015 – non emergono profili di irragionevolezza o di violazione del principio di proporzionalità; inoltre, non v'è alcun legittimo affidamento *ab origine*, non vi sarebbe alcun legittimo affidamento tutelabile, in ragione della situazione di incertezza giuridica originata dai numerosi contenziosi intentati avverso i regolamenti poi annullati.

La pronuncia pone dunque nuovamente in luce la *vexata quaestio* della tutela dell'affidamento del privato nei confronti del potere amministrativo: non provvedimento, stavolta, bensì regolatorio. Il tema ha risvolti di natura sostanziale, ovvero i limiti di legittimità dell'affidamento e le condizioni affinché questo possa ricevere protezione rispetto a un atto amministrativo restrittivo; e ricadute di tipo processuale, che investono la retroattività dell'annullamento giurisdizionale, i suoi effetti conformativi e ripristinatori, nonché la vincolatività del giudicato rispetto all'Amministrazione che deve darvi esecuzione.

Non si può, infine, prescindere da un rilievo generalissimo: ovvero l'affermazione del principio di certezza giuridica, i suoi limiti e le sue concrete modalità di protezione in capo a operatori del mercato che sempre più sono responsabilizzati nel dialogo con l'Amministrazione pubblica[4].

2. I limiti dell'affidamento riposto nell'atto illegittimo e la loro traslazione sull'atto normativo

La pronuncia qui annotata si colloca nel solco di una corposa giurisprudenza in materia di tutela dell'affidamento riposto dal privato rispetto all'esercizio di un potere amministrativo per sé vantaggioso.

La tematica è stata da poco oggetto di due sentenze dell'Adunanza plenaria – la n. 19 e la n. 20 del 2021[5] – le quali hanno costruito il rapporto tra privato e p.A. in termini di correttezza e buona fede reciproci, sicché l'affidamento del privato nei confronti dell'attività amministrativa rileva – sì – ma solo laddove esso possa considerarsi oggettivamente e soggettivamente legittimo e incolpevole[6].

Deve precisarsi che il tema dell'affidamento emerge soprattutto quando il privato chieda tutela per aver ragionevolmente confidato nella legittimità di un provvedimento vantaggioso rivelatosi, poi, illegittimo e annullato dal Giudice amministrativo o in via di autotutela da parte della stessa Amministrazione. In quell'occasione, la Plenaria ha così individuato alcune condizioni al sussistere delle quali deve escludersi in radice la legittimità dell'affidamento del privato e, dunque, la sua protezione da parte dell'ordinamento. Due, in particolare, escludono il ragionevole affidamento sulla legittimità dell'atto: l'esistenza di vizi *ictu oculi* emergenti nell'atto e l'avvenuta impugnazione del medesimo da parte di un terzo, impugnazione della quale il privato abbia avuto conoscenza.

Ciò perché l'affidamento è meritevole di tutela solo quando esso sia, appunto, sorretto da un convincimento ragionevole rispetto alla correttezza della condotta dell'Amministrazione: la pura consapevolezza che quella condotta sia – o possa essere – tacciata d'illegittimità, o appaia *ictu oculi* illegittima, esclude la buona fede e dunque impedisce che l'ordinamento protegga colui che – in qualche misura – poteva ben avvedersi di star confidando su un atto illegittimo.

Ora, siffatta lettura è solo parzialmente utile, in questo caso.

Ciò in quanto la giurisprudenza della Plenaria si è appunto pronunciata, sì, sull'affidamento del privato: ma solo relativamente all'ipotesi nella quale costui, avendo erroneamente confidato nella conservazione di un vantaggio arrecatogli da un provvedimento illegittimo, pretenda tutela risarcitoria per l'avvenuto annullamento di quel provvedimento e il conseguente ripristino della legalità. Parliamo, insomma, dell'affidamento su provvedimento amministrativo vantaggioso illegittimo, annullato.

Qui, invece, il tema è sì l'affidamento nutrito nei confronti di un atto amministrativo: non di natura provvedimentale, però, bensì di natura normativa.

Gli appellanti, invero, non lamentano la lesione dell'affidamento per l'avvenuto annullamento degli atti illegittimi, bensì la loro sostituzione retroattiva con atti legittimi di diritto sopravvenuto.

Questo cambia il quadro.

Anzitutto è di immediato rilievo la distinzione tra provvedimento amministrativo e atto normativo – pur attribuibile alla p.A. – quale è il d.m. oggetto d'impugnazione.

Come affermato anche dallo stesso Consiglio di Stato^[7] in uno dei giudizi che concernono la vicenda delle aliquote di biodiesel che qui interessano, il decreto ministeriale ha natura di atto normativo della p.A., iscrivendosi nella categoria degli atti regolamentari^[8]: il regolamento è invero «definito atto amministrativo a contenuto normativo, poiché esso si presenta come atto formalmente amministrativo (in quanto adottato da una amministrazione pubblica), ma appartenente al novero delle fonti secondarie, stante il suo contenuto normativo, determinato dalla presenza di prescrizioni caratterizzate da generalità ed astrattezza, in grado di agire con carattere innovativo nell'ordinamento giuridico»; così, esso «si contraddistingue per i caratteri della generalità ed astrattezza delle proprie previsioni, poiché queste, per un verso, riguardano una pluralità indistinta e non determinabile di destinatari (potendosi, al massimo, circoscrivere pluralità o categorie di esse o collettività generali), il che ne determina, appunto, la “generalità”; per altro verso, tali previsioni si caratterizzano per la loro ripetibilità, e quindi applicabilità ad un numero indefinito di casi concreti (il che ne determina l'astrattezza). La caratterizzazione in termini di generalità ed astrattezza delle previsioni del regolamento ne determina anche l'ulteriore, necessario carattere della efficacia verso l'esterno delle sue norme».

D'altra parte, quel d.m., in quanto atto normativo attribuibile alla p.A., è distinguibile anche dagli altri atti amministrativi generali: «ciò che distingue i regolamenti dagli altri atti amministrativi generali (ad esempio, un bando di gara o di concorso) non è da rinvenirsi solo in aspetti formali (quali la autoqualificazione dell'atto come regolamento, ovvero il tipo di procedimento seguito per la sua adozione), ovvero nella circostanza che i destinatari di questi ultimi, in un primo tempo non determinabili, lo diventano in un momento successivo (e quindi nell'assenza di generalità); ma anche nella circostanza che *gli atti amministrativi generali costituiscono espressione di potere della Pubblica Amministrazione volto alla cura di un interesse pubblico in riferimento ad un obiettivo concreto e determinato (la scelta del contraente, l'individuazione dei vincitori di un concorso da assumere), come tale destinato ad essere temporalmente circoscritto e strutturalmente esauribile*».

Pertanto, i regolamenti si distinguono dagli atti amministrativi generali e dai provvedimenti amministrativi in quanto questi ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati, ma determinabili.

Sicché, mentre nel caso dei regolamenti il fondamento del potere è individuabile nella predefinizione astratta della disciplina di un numero indefinito e non determinato nel tempo di casi rientranti nella fattispecie normativa, nel caso degli atti amministrativi generali esso è invece rappresentato dal concreto perseguimento di un interesse pubblico, programmaticamente circoscritto e temporalmente definito.

Il che determina l'ulteriore conseguenza (e distinzione) che, mentre l'efficacia dei regolamenti è temporalmente indefinita (e abbisogna, per la sua cessazione, di un ulteriore atto normativo), nel caso degli atti generali l'efficacia degli stessi si esaurisce con il concreto raggiungimento dell'interesse pubblico, la cui cura ha costituito la causa giustificatrice dell'esercizio del potere.

Così stanti le cose, il tema diventa non più l'affidamento sulla legittimità di un atto amministrativo poi annullato, bensì la *confiance* sulla conservazione dello *status quo* in ragione della sostituzione di quell'atto – di natura normativa – con uno *jus superveniens* peggiorativo avente efficacia retroattiva, in esecuzione di un giudicato.

3. Affidamento e attività normativa: itinerari di un conflitto

La protezione dell'affidamento in relazione a un'attività amministrativa di carattere sostanzialmente normativo è tematica che condivide profili di forte affinità con quella più generale del rapporto tra affidamento e legislazione.

Amplius, il rapporto tra cittadino e legislatore corre su più crinali parzialmente sovrapposti: la protezione dell'affidamento, il principio di continuità e quello di certezza del diritto.

Ora, mentre quest'ultimo innerva di sé gli ordinamenti democratici, costituendone il fondamento di riconoscibilità nella misura in cui garantisce la stabilità dei rapporti giuridici e la prevedibilità del dato normativo^[9], l'affidamento e il principio di continuità hanno un ambito applicativo maggiormente circoscritto.

Mentre il principio di continuità viene in rilievo tutte quelle volte in cui si realizzi un mutamento normativo che segni una cesura rispetto al passato, il principio del legittimo affidamento emerge quando detto mutamento sia di segno retroattivo e incida su posizioni giuridiche ormai consolidate nel cittadino^[10].

Il principio del legittimo affidamento è così posto a presidio di una situazione in cui il legislatore interviene con una norma o propriamente retroattiva – incidente in modo negativo su posizioni giuridiche soggettive consolidate – oppure impropriamente tale – poiché va a incidere su rapporti di durata modificandone l'assetto per il futuro^[11].

Così letta, la tutela dell'affidamento costituirebbe un limite alla discrezionalità del legislatore – parliamo infatti di atti normativi – nell'elaborazione di norme sopravvenute regolatrici in senso peggiorativo: limite non di per sé assoluto, tale per cui v'è il divieto di normare in via retroattiva, seppur *in pejus*; bensì relativo, nel senso che quella retroattività, valutata come necessaria dal legislatore, dev'essere “governata”^[12], magari con disposizioni transitorie, per proteggere quanto più possibile quei rapporti giuridici – ancora *in itinere* – nati nel regime normativo precedente di segno più favorevole.

La relatività del legittimo affidamento come limite alla retroattività degli atti normativi pregiudizievoli per i rapporti giuridici consolidati è, peraltro, sostenuta da una certa giurisprudenza costituzionale^[13] che lo ha qualificato come limite cedevole rispetto ad altre esigenze giudicate inderogabili, per esempio di tipo finanziario.

Questo assetto sarebbe confermato – e per il vero lo afferma anche lo stesso Collegio nella sentenza qui annotata – dal fatto che la Costituzione sancisce il divieto di retroattività in riferimento alla sola legge penale^[14]: lasciando così all'affidamento il ruolo, appunto, di “governatore” delle norme che dispongono anche per il passato.

4. Affidamento, proporzionalità e ragionevolezza

In questo suo momento applicativo, l'affidamento si accompagna necessariamente al principio di ragionevolezza: che può esser riletto, anzitutto, con lo strumentario del principio di proporzionalità.

In altre parole, stante una generale, ampia ammissibilità di norme retroattive peggiorative, tenendo conto del limite del legittimo affidamento, bisogna sempre verificare che la norma retroattiva non frustri irragionevolmente od oltremodo l'affidamento medesimo.

Entra, quindi, in gioco, come detto, lo «strumentario concettuale»^[15] del principio di proporzionalità.

Per un verso, infatti, bisogna valutare che la norma retroattiva sia di per sé ragionevole, intesa la ragionevolezza quale sua *idoneità* a perseguire – o a favorire sensibilmente il perseguimento – dell'obiettivo del legislatore (primo step del c.d. test di proporzionalità); in secondo luogo, andrà valutata la sua *necessarietà*, ovvero l'idoneità in concreto, l'assenza di valide alternative di intervento per il legislatore, che siano meno negativamente incidenti sulle posizioni giuridiche soggettive che si oppongono al cambiamento normativo in parola (secondo step del c.d. test di proporzionalità). Infine, valutate la idoneità e la necessarietà, dovrà esser valutata la ragionevolezza specifica della norma, ovvero dovrà esserne esaminata la *proporzionalità in senso stretto* e, in particolare, delle sue componenti propriamente o impropriamente retroattive. Come ritenuto dalla dottrina, a questo punto, «se non vi è valida alternativa rispetto ad un intervento normativo, che appare idoneo e necessario per il raggiungimento di un fine inderogabile di diritto pubblico, allora non resta che valutare se il sacrificio che la nuova norma impone al privato – e, nello specifico, al suo legittimo affidamento – non sia tale da imporre di rinunciare comunque all'emanazione della nuova normativa, perché il peso dell'interesse pubblico non è tale da poter prevalere sugli interessi privati contrapposti. Ma, se così non è (come nella maggior parte delle ipotesi, per il vero), allora non resta che ragionare in termini di diritto intertemporale: valutando, cioè, l'adeguatezza delle misure transitorie a fungere da giusto contrappeso rispetto al sacrificio imposto al privato e, in particolare, al suo legittimo affidamento»^[16].

L'accortezza dell'inserimento di disposizioni transitorie, di diritto intertemporale, è peraltro superflua e non necessaria laddove la successione di norme sia di per sé prevedibile; quando cioè l'affidamento maturi su atti normativi il cui esito abrogativo è *oggettivamente prevedibile*, esso non impedirà l'elaborazione di atti normativi sopravvenuti con efficacia retroattiva: «Quest'ultimo, infatti, non potrà invocarsi in ipotesi di *reformatio in peius* del trattamento giuridico nei casi in cui detto mutamento normativo di segno sfavorevole risultasse prevedibile o conoscibile potendosi configurare il sorgere di una situazione di vantaggio, idonea a ingenerare affidamento, esclusivamente nel caso in cui il mutamento sfavorevole per il cittadino non fosse prevedibile. In ragione di ciò, risulta di immediata evidenza come non si possano invocare affidamenti di fronte a forme di esercizio dell'attività legislativa che si caratterizzino *naturaliter* per un'intrinseca instabilità»^[17].

La medesima ragionevolezza, in altre parole, consente la retroattività di norme che non siano di diritto penale, laddove un interesse pubblico la richieda; impone, al tempo stesso, che l'affidamento del cittadino costituisca un elemento di governo della retroattività, per esempio tramite l'imposizione di disposizioni transitorie; e però, lo impone solo allorché l'affidamento del cittadino possa ritenersi legittimo, dal punto di vista oggettivo e soggettivo.

4.1. Quando la norma peggiorativa può essere retroattiva: interessi pubblici, affidamento non legittimo, effetto ripristinatorio del giudicato

Orbene, quanto alla retroattività delle disposizioni successivamente intervenute, il Consiglio di Stato richiama il corposo *excursus* giurisprudenziale in materia di tetti di spesa, per il quale «la determinazione in corso d'anno dei “tetti di spesa”, che dispieghino i propri effetti anche sulle prestazioni già erogate, non può considerarsi, in quanto tale, affetta da illegittimità»^[18].

Si tratta, come noto, di un tema sul quale è intervenuta una decina d'anni fa l'Adunanza plenaria, proprio per dirimere il contrasto tra due orientamenti opposti^[19]: il primo escludente la legittimità della fissazione di tetti in via retroattiva, specie quando intervenga in un periodo avanzato dell'anno, poiché finisce per ledere l'autonomia e l'integrità delle scelte imprenditoriali, alterando gravemente le dinamiche concorrenziali tra erogatori pubblici e privati; il secondo che invece la riteneva legittima (anzi fisiologica, attesa la complessità del procedimento di quantificazione delle risorse disponibili, del quale essa costituisce solo l'atto terminale). Aderendo al secondo indirizzo, la Plenaria ha poi determinato un aggravamento dell'istruttoria da parte dell'Amministrazione in termini di contraddittorio e partecipazione specie per la tutela dell'affidamento degli operatori economici per esigenze di certezza e stabilità degli investimenti^[20].

È evidente, insomma, che l'esistenza di un interesse pubblico specifico e concreto – spesso di matrice economico-finanziaria – legittima un intervento normativo retroattivo in grado di frustrare l'affidamento degli operatori, purché ne sussistano i requisiti di ragionevolezza e proporzionalità.

Intervento che, di per sé, risulta a questo punto ragionevole *anche* – anzi, *soprattutto* – laddove debba escludersi in radice la legittimità dell'affidamento riposto dall'operatore: laddove egli, cioè, potesse prevedere l'instabilità normativa e la successione di norme. Mentre nell'ambito del potere legislativo questo dato è generalmente riferito – come accennato – alle norme su decretazione d'urgenza o a quelle delegate, di per sé instabili, bisogna qui rammentare che ci si trova nell'ambito del potere normativo/regolatorio dell'Amministrazione.

La traslazione comporta un adattamento della ragionevolezza: qui si esclude l'affidamento dell'operatore quando – esattamente come accade con i provvedimenti amministrativi illegittimi – egli sia a conoscenza del contenzioso (o addirittura ne sia parte processuale) nel quale quell'atto regolatorio è impugnato e possa, dunque, prevedere il contenuto delle nuove disposizioni normative perché questo è già presente negli indirizzi ermeneutici della sentenza di annullamento pronunciata all'esito del medesimo contenzioso.

Così pronuncia il Collegio nella sentenza qui annotata: «la tutela del legittimo affidamento è ormai considerato un canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo. [...] In linea generale, in materia di responsabilità dell'amministrazione per lesione del legittimo affidamento, si è affermato che *“la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sulla sua legittimità sia sorto un ragionevole convincimento, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento”* (Cons. Stato, Ad. pl., 29 novembre 2021, n. 21; sulla stessa linea in precedenza Ad. plen., n. 19 del 2021). [...] 14.5. I principi suesposti sono chiaramente estensibili anche al giudizio di annullamento, nel quale si controverta

dell'asserita illegittimità di una soluzione regolamentare o provvedimento approntata dall'amministrazione, in quanto essi sono riferiti alla qualificazione dell'affidamento come "legittimo" e, dunque, al predicato (fondamentale, ai fini della tutela in giudizio) di ciò che costituisce oggetto della tutela accordata dall'ordinamento (non l'affidamento "*in sé e per sé*", ma l'affidamento in quanto, soggettivamente ed oggettivamente, "*legittimo*"). [...] 14.6. Ebbene, con riferimento al caso in esame, i giudizi di annullamento culminati nelle sentenze nn. 812/2012 e 1120/2012 si sono svolti anche nei confronti dell'odierna appellante, intimata in qualità di controinteressata e, dunque, pienamente a "*conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento*".

All'interesse finanziario da perseguire e all'assenza in radice d'una legittimità dell'affidamento nutrito dall'operatore economico si aggiunge, poi, la ragione puramente processuale dalla quale scaturisce, per il Collegio, la legittimità della scelta normativa retroattiva.

V'è, infatti, «piena esplicazione degli effetti c.d. ripristinatori e quindi fisiologicamente retroattivi del giudicato di annullamento (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. nn. 5 del 2019, 1 del 2018, 4 e 5 del 2015; Corte di giustizia UE, sez. II, 14 maggio 2020, C-15/19), il quale, nei limiti del noto brocardo secondo cui *factum infectum fieri nequit*, tende a riportare la situazione "di fatto" a conformità con quella "di diritto", la quale ultima, evidentemente, non era quella prefigurata» dai d.m. annullati nel 2012, bensì dal d.m. n. 37/2015, «attuativo dei principi formulati da questo Consiglio con i giudicati di annullamento del 2012 e ritenuti compatibili con la disciplina euro-unitaria dalla sentenza della Corte di giustizia».

In altre parole, anche se il precedente assetto normativo travolto dalla sentenza di annullamento ha indirizzato le scelte imprenditoriali e produttive degli operatori economici, non v'è per loro alcuna tutela e la nuova disciplina vale legittimamente "ora per allora"[\[21\]](#).

A questo proposito, il Collegio richiama una corposa mole di precedenti in base ai quali l'adozione di un atto amministrativo anche regolatorio "ora per allora" è legittima per conseguire gli effetti ripristinatorii della sentenza di annullamento, i quali si accompagnano a quelli eliminatorii dell'atto illegittimo e conformativi per il ri-esercizio del potere[\[22\]](#).

A ciò si accompagna un richiamo al principio di autoresponsabilità, per il quale «la tenuta, da parte del danneggiato, di una condotta, anche processuale, contraria al principio di buona fede e al parametro della diligenza, che consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati, recide il nesso causale che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., deve legare la presunta condotta antiggiuridica alle conseguenze risarcibili (Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 962)».

In altre parole, secondo il Collegio, l'imprenditore che è a conoscenza dell'avvenuta impugnazione del regolamento e, in particolare, di quelle disposizioni che riguardano la ripartizione delle risorse (e, dunque, le quote spettanti e quelle che spetteranno) non può dolersi di aver "ragionevolmente" e "legittimamente" confidato (cioè "fatto affidamento") sull'intangibilità di quelle risorse, potendo (ove lo ritenga opportuno) orientare la sua attività produttiva, tenendo conto delle conseguenze che potrebbero scaturire da un eventuale annullamento dell'atto regolatorio e dalla successiva individuazione di diversi criteri di ripartizione delle quote di aiuto di Stato erogate.

5. Cenni conclusivi

La sentenza qui annotata mostra il costante conflitto ormai esistente tra operatori economici e Amministrazioni. Un conflitto regolato dal Giudice amministrativo facendo richiamo ai principi generali del Diritto amministrativo: i quali, tuttavia, sembrano – ad avviso di chi scrive – non essere perfettamente attagliati alle vicende per le quali è causa.

I fatti, a questo punto, sono ben noti: si tratta di imprenditori che hanno operato le loro scelte strategiche nell'ambito di un quadro normativo non più attuale, nelle more sostituito – a seguito di giudicato – da una disciplina deteriore e retroattiva, pertanto lesiva dei loro interessi.

Qualora questa vicenda si fosse verificata con la successione nel tempo di norme di legge, espressione appunto del potere legislativo, è plausibile che l'affidamento degli operatori economici avrebbe ottenuto protezione – in quanto legittimo – tramite l'emanazione di norme di diritto intertemporale e transitorie.

Poiché però la cornice normativa di riferimento non era fornita da un atto di fonte legislativa, bensì da un atto di fonte amministrativa espressione di potere regolatorio, il parametro utilizzato dal Giudice nella definizione della controversia è stato quello della tutela dell'affidamento rispetto al provvedimento amministrativo favorevole illegittimo.

Con una inevitabile conseguenza derivata.

E cioè che, richiamando il principio di autoresponsabilità, è esclusa la legittimità dell'affidamento nutrito dall'operatore economico quando per costui sia prevedibile che il quadro normativo nell'ambito del quale sta compiendo le sue scelte strategiche sia precario a causa di un probabile annullamento giurisdizionale: conseguentemente, ne è esclusa la tutela.

Il punto, però, non pare centrato. Perché ciò che qui è messo in discussione non è la precarietà degli effetti del quadro normativo giurisdizionalmente annullato, bensì la retroattività “ora per allora” della regolazione amministrativa successiva.

Regolazione il cui sindacato sfugge – diversamente dalle pronunce di prime cure – ai parametri di ragionevolezza e proporzionalità: i quali, ove fossero stati applicati, avrebbero potuto condurre a una forma di tutela degli operatori economici – quanto meno indennitaria – derivante dalla successione di norme nel tempo.

Invece quegli operatori sono stati richiamati all'ossequio al principio di autoresponsabilità, che ancora una volta viene utilizzato in modo *tranchant*: tanto da invitare l'operatore a *non* compiere alcuna scelta imprenditoriale se basata su una disposizione la cui legittimità è *sub iudice*. Non v'è dubbio che, qui, l'autoresponsabilità conduca a una sorta di estremo principio di precauzione: che tuttavia mal si sposa con il mondo imprenditoriale, sospinto verso continue scelte che – pur ponderate – non possono sospendersi a causa della perdurante incertezza del quadro normativo, la quale – a sua volta – diventa un bagaglio troppo pesante per cadere esclusivamente sulle spalle degli operatori economici^[23].

[1] Cons. Stato, IV, 16 febbraio 2012, n. 812: «[...] il Collegio annulla l'art. 4, comma 2, del D.M. 25 luglio 2003 n. 256, ed i provvedimenti attuativi delle predette disposizioni [...] di assegnazione del quantitativo di B. in esenzione e/o agevolato per le annualità 2006, 2007 e 2008 [...]. Per effetto del disposto annullamento e del conseguente obbligo conformativo alla presente pronuncia gravante sull'amministrazione, quest'ultima dovrà procedere a rideterminare i criteri di assegnazione del quantitativo di B. in esenzione e/o agevolato, in luogo di quanto già disposto dall'annullato art. 4, co. 2 D.M. n. 256/2003, e, quindi, dovrà riprocedere ad assegnazione per gli anni 2006, 2007 e 2008».

[2] Cons. Stato, IV, 28 febbraio 2012, n. 1120, di tenore analogo alla n. 812: «in accoglimento dei motivi di appello ora considerati, e dei motivi (per il tramite di essi riproposti) di cui al ricorso instaurativo del giudizio di I grado, il Collegio annulla l'art. 3, comma 4, del D.M. 3 settembre 2008 n. 156. Per effetto del disposto annullamento e del conseguente obbligo conformativo alla presente pronuncia gravante sull'amministrazione, quest'ultima dovrà procedere a rideterminare i criteri di assegnazione del quantitativo di biodiesel in esenzione e/o agevolato».

[3] Cons. Stato, IV, 4 marzo 2014, n. 998: «[...] la Sezione ritiene di dover limitare la decisione di accoglimento dei ricorsi all'ordine all'Amministrazione di concludere il procedimento di adozione della nuova disciplina regolamentare in un termine perentorio, che si stima equo fissare in 120 giorni dalla notificazione o dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza. Qualora questo termine dovesse infruttuosamente spirare, su richiesta di parte, potrà essere valutata l'opportunità di far ricorso all'ulteriore misura della nomina di un Commissario *ad acta* col compito di provvedere in sostituzione dell'Amministrazione».

[4] In proposito v. i numerosi appelli di M.A. Sandulli, la quale parla di “norme-trappola per i privati” (*Basta norme-trappola sui rapporti tra privati e P.A. o il Recovery è inutile*, in *Giustizainsieme.it*); di recente anche la sua intervista a Michele Corradino, Presidente di Sezione del Consiglio di Stato e già Consigliere dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione, nonché autore di «*L'Italia immobile. Appalti, burocrazia, corruzione. I rimedi per ripartire*», edito da Chiarelettere nel novembre 2020. L'intervista è sempre su *Giustizainsieme.it*. Al titolo del libro è volutamente ispirato il titolo di questo piccolo contributo.

La sfiducia degli investitori e degli operatori economici nel nostro Paese trova, peraltro, terreno fertile nella confusione tra le categorie giuridiche: si pensi alla scarsa intelleggibilità tra «falsità», «mendacio» e «non veridicità» dell'autocertificazione. In un'era nella quale, con progressive stratificazioni normative, il privato è stato investito di un sempre più gravoso principio di autoreponsabilità nel dichiarare fatti e stati all'Amministrazione, al fine di alleggerirne il percorso burocratico, di fatto costui è privo di idonee garanzie, poiché rischia di vedersi applicate sanzioni ex D.P.R. n. 445/2000 e di subire atti di autotutela amministrativa in deroga ai termini di legge. Ciò in quanto, se il sistema ordinamentale – condivisibilmente – non tutela l'affidamento di chi dichiara il falso alla p.A. (e quindi agisce con intento decettivo), al contrario dovrebbe evitare d'irrogare sanzioni per «qualsiasi, preteso, “errore” di ricostruzione e valutazione del quadro tecnico e normativo di riferimento imputabile all'interessato anche nella dichiarazione di circostanze (come il generico possesso dei requisiti soggettivi e oggettivi richiesti dalla normativa di riferimento) sulle quali (a differenza di quelle risultanti dagli atti di certazione) i poteri pubblici (legislativo, amministrativo e giurisdizionale) o la realtà fattuale (dati inconfutabili, come il peso, la misura, ecc.) non offrono certezza»: v. in proposito lo scritto di M.A. Sandulli, *Autodichiarazioni e dichiarazione «non veritiera»*, in *Giustizainsieme.it*, 15 ottobre 2020, dal quale è tratta quest'ultima citazione.

[5] Sia qui consentito il rinvio a C. Napolitano, *Potere amministrativo e lesione dell'affidamento: indicazioni ermeneutiche dall'Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. ed.*, n. 1/2022, pp. 3 ss.

[6] Cons. Stato, ad. plen., n. 20/2021, cit.: «L'affidamento tutelabile in via risarcitoria deve essere ragionevole, *id est* incolpevole. Esso deve quindi fondarsi 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».

[7] Già citato Cons. Stato, IV, n. 812/2012.

[8] L'ambiguità delle fonti del diritto amministrativo, necessariamente flessibili e connotate da atipicità, è ben descritta nel suo contesto storico da M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 4/2015, pp. 683 ss.: «Un'altra vicenda significativa, ma specifica del nostro ordinamento, è, a cominciare dagli anni cinquanta dello scorso secolo, quella del confine intercorrente tra i regolamenti e i cd. “atti amministrativi generali”. Sono note le traversie che hanno toccato talune rilevanti fattispecie (dai provvedimenti che stabiliscono prezzi o tariffe ai piani urbanistici o ai bandi di concorso o di gara), ove si sono nuovamente riversate le incertezze concettuali della nozione di norma giuridica, questa volta coinvolgendo per lunghi anni la stessa giurisprudenza in un'alternanza di qualificazioni contrastanti. Per quanto, almeno al livello giurisprudenziale, certe vecchie questioni si siano sostanzialmente sopite, il confronto rimane sempre vivo col sopravvenire di nuove fattispecie, ed è ancora impregiudicato il versante degli atti regolativi delle autorità amministrative indipendenti. Non sorprende così che la giurisprudenza abbia ritenuto nella sua sede più autorevole di consolidare un (in verità sempre relativo) criterio generale di distinzione che, per l'atto amministrativo generale, collega in sostanza difetto di

astrattezza e determinabilità a posteriori dei destinatari. Sullo sfondo di questa variegata concorrenza qualificatoria aleggia il problema del rispetto delle garanzie di competenza o di formazione dei regolamenti (ove previste, come nel caso dei regolamenti statali: L. n. 400/88) e più in generale del “fondamento” stesso del potere regolamentare. L'utilizzo di criteri sostanziali per l'individuazione di un regolamento lascia infatti di per sé impregiudicati i suddetti profili che potrebbero inficiare la validità dell'atto. Così, ad es., una circolare qualificata come regolamento viene annullata per difetto di competenza dell'Assessore regionale, spettando la potestà regolamentare alla Giunta regionale o un decreto ministeriale qualificato come regolamento viene annullato perché, in assenza di espressa deroga legislativa, doveva sottoporsi al procedimento previsto per i regolamenti ministeriali».

[9] V. in proposito P. Carnevale, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano. Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, III, 2012, 1939.

[10] V. in proposito l'ampio affresco di F.F. Pagano, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in *Gruppodipisa.it*, poi in *Dir. pubbl.*, n. 2/2014, pp. 583 ss., per il quale il principio di continuità è «una fattispecie ben distinguibile dalla tutela di un legittimo affidamento, atteso che questi si radica in tutti quei casi in cui l'intervento legislativo, di segno retroattivo, incide in modo negativo su posizioni giuridiche soggettive ormai maturate dal cittadino. Oppure, in tutte quelle fattispecie di retroattività impropria in cui la norma incide su rapporti di durata modificandoli per il futuro e frustrando le aspettative maturate dalle parti. Benché, in siffatta ipotesi, le situazioni giuridiche soggettive siano solo in parte consolidate, atteso che il loro consolidamento definitivo è necessariamente proiettato nel futuro. Orbene, tanto in caso di retroattività propria quanto in quello di retroattività impropria, la condotta del cittadino si è conformata ad un'aspettativa giuridicamente rilevante, circostanza che rende netta la distinzione rispetto al più generale principio di continuità che, come già accennato, si sostanzia, invece, in una più generica esigenza di non discontinuità della normazione», p. 4.

[11] Così, D.-U. Galetta, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm. Tar*, n. 6/2008, pp. 1899, la quale prosegue: «Le posizioni giuridiche soggettive esistenti sono, in questa seconda ipotesi, solo in parte consolidate, poiché il loro definitivo consolidamento è necessariamente proiettato nel futuro. Comune ad entrambe le ipotesi è, in ogni caso, la circostanza che la condotta del cittadino si è conformata ad un'aspettativa giuridicamente fondata che è all'origine di una serie di disposizioni relative ai propri diritti di libertà (e, quindi, non solo di carattere patrimoniale) basate, appunto, sulla permanenza della situazione creata dalla norma che viene invece modificata. Sicché il principio di tutela del legittimo affidamento è posto a presidio stesso dei diritti di libertà del cittadino».

[12] F.F. Pagano, *Il principio di affidamento*, cit.: il principio del legittimo affidamento «attiene al rapporto fiduciario esistente tra governanti e governati e alla pretesa di stabilità della disciplina legislativa pregressa in base alla quale i governati abbiano maturato posizioni di vantaggio. In tal modo, questi divengono titolari di un interesse alla salvaguardia di dette posizioni nei riguardi dell'azione dei pubblici poteri, in specie del potere legislativo, rispetto alla discontinuità del legiferare. Circostanza, questa, che presuppone una stabilità già raggiunta; ossia un consolidamento e una stratificazione di posizioni soggettive che giustifichino una pretesa al perdurare di una stabilità ormai conseguita. Si badi bene, questo non significa che il principio di affidamento si appalesi come statico e quindi necessariamente votato alla conservazione e al mero mantenimento dello *status quo*. Piuttosto, questi si pone come espressione di un'istanza volta a realizzare una sorta di governo della trasformazione, ossia un'istanza finalizzata a governare il cambiamento e a circoscrivere gli effetti pregiudizievoli del mutamento, sia esso normativo o amministrativo, nei confronti della situazione pregressa ormai stratificatasi. Proprio in questa prospettiva di governo della trasformazione, si collocano quelle norme transitorie che accompagnano le leggi di *reformatio in peius* e che consentono un graduale passaggio dal vecchio al nuovo sistema con il fine, non sempre pienamente riuscito, di salvaguardare le posizioni di vantaggio maturate. In tal senso, il principio di affidamento, in quanto volto a regolare le problematiche sottese al passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina, si presenta come dinamico e contrapposto ad una certezza del diritto che, come si avrà subito modo di dire, si caratterizza, invece, come rispondente ad un'esigenza di staticità e di resistenza al cambiamento», p. 5.

[13] Corte cost., 17 dicembre 1985, n. 349: «nel nostro sistema costituzionale non è interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, anche se il loro oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.); pur tuttavia «Dette disposizioni [...] al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto». V. anche Corte cost. n. 374 del 2000.

[14] F.F. Pagano, *Il principio di affidamento*, cit.: «se agli inizi del XX secolo si era soliti ammettere leggi retroattive esclusivamente in “circostanze eccezionali e per motivi di interesse pubblico e con le limitazioni richieste dall'equità” e per la tutela di “diritti sacri dell'uomo” scaturenti dalla “legge esterna e imprescindibile di natura”, dopo la costituzionalizzazione del divieto di retroattività con riferimento alla sola materia penale, chiarito come l'art. 25 non potesse rappresentare un limite alla discrezionalità del legislatore in ordine al ricorso a norme retroattive in materia non penale, le riflessioni di una parte degli studiosi, lungi dal continuare a ritenere eccezionale il ricorso a siffatte disposizioni, si sono concentrate, più semplicemente, sul tentativo di individuare i paletti di detta discrezionalità onde circoscriverla. In particolare, si è fatto

riferimento al principio di ragionevolezza, che in alcune riflessioni è addirittura additato quale “unico limite alle leggi retroattive”. In questo contesto si inserisce il principio del legittimo affidamento inteso quale ulteriore limite alla possibilità per il legislatore di far ricorso a discipline che producano effetti per il passato».

[15] D.-U. Galetta, *Legittimo affidamento*, cit., dal quale pure sono ripresi i passi qui citati nel corpo del testo.

[16] D.-U. Galetta, *Legittimo affidamento*, cit.

[17] Sempre F.F. Pagano, *Il principio di affidamento*, cit., che si riferisce alle ipotesi di decretazione d'urgenza o delega legislativa con possibilità per il governo di emanare ulteriori atti modificativi o correttivi.

[18] Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 12 aprile 2012 n. 3 e 4; Id., III, 7 marzo 2012, n. 1289; 23 dicembre 2011, n. 6811; 7 dicembre 2011, n. 6454; 17 ottobre 2011, n. 5550; 29 luglio 2011, n. 4529; Id., V, 8 marzo 2011, n. 1431; 28 febbraio 2011, n. 1252; Id., ad. plen., 2 maggio 2006 n. 8.

[19] V. in proposito G. Fares, *Sanità. La retroattività dei tetti di spesa dopo l'Adunanza plenaria*, in *Il libro dell'anno 2016*, Treccani, in www.treccani.it.

[20] Cons. Stato, ad. plen., n. 3/2012, cit.: «da tutela di tale affidamento richiede che le decurtazioni imposte al tetto dell'anno precedente, ove retroattive, siano contenute, salvo congrua istruttoria e adeguata esplicitazione all'esito di una valutazione comparativa, nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disposizioni finanziarie conoscibili dalle strutture private all'inizio e nel corso dell'anno. Più in generale, la fissazione di tetti retroagenti impone l'osservanza di un percorso istruttorio, ispirato al principio della partecipazione, che assicuri l'equilibrato contemperamento degli interessi in rilievo, nonché esige una motivazione tanto più approfondita quanto maggiore è il distacco dalla prevista percentuale di tagli. Inoltre, la considerazione dell'interesse dell'operatore sanitario a non patire oltre misura la lesione della propria sfera economica anche con riguardo alle prestazioni già erogate fa sì che la latitudine della discrezionalità che compete alla regione in sede di programmazione conosca un ridimensionamento tanto maggiore quanto maggiore sia il ritardo nella fissazione dei tetti».

[21] Queste le parole del Collegio: «Il quadro così delineato inclina a ritenere che l'amministrazione disponga di un ampio potere regolatorio anche sui profili di intervento più schiettamente collegati al parametro temporale, potendo tratteggiare una disciplina capace di retroagire nei suoi effetti giuridici e materiali senza che ciò comporti di per sé l'illegittimità della scelta compiuta».

[22] Questi i precedenti citati dal Collegio: «...è utile ribadire che il giudicato comporta effetti eliminatori, con cui l'atto illegittimo è eliminato dal sistema con effetti retroattivi; ripristinatori, per adeguare lo stato di fatto e di diritto successivo all'atto illegittimo, con l'adozione di un atto amministrativo retroattivo idoneo a consentire “ora per allora” il raggiungimento della finalità indicata nella sentenza; conformativi, con cui, valorizzando la motivazione della sentenza, si individua il modo corretto di ri-esercizio del potere a seguito dell'annullamento» (Cons. Stato, VI, 26 marzo 2014, n. 1742; Cons. Stato, V, 30 marzo 2021, n. 2670. E ancora: «In sede di esecuzione di una sentenza di annullamento, l'Amministrazione a volte deve e a volte può emanare un atto avente effetti “ora per allora”. Ad esempio [...] quando si tratti di colmare il “vuoto” conseguente alla sentenza amministrativa che abbia annullato con effetti *ex tunc* un atto generale, l'Amministrazione ben può determinare ovvero applicare “ora per allora” il sopravvenuto provvedimento, quando sia stato annullato un provvedimento impositivo di prezzi, di tariffe o di aliquote», cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato, V, 21 ottobre 1997, n. 1145 e, tra le più recenti, Cons. Stato, III, 26 ottobre 2016, n. 4487; Cons. Stato, III, 7 marzo 2016, n. 927; Cons. Stato, VI, 6 aprile 2018, n. 2133.

[23] M.A. Sandulli, nella sua intervista a M. Corradino, *L'Italia Immobile. Appalti, burocrazia, corruzione. I rimedi per ripartire*. Maria Alessandra Sandulli intervista Michele Corradino, cit., parla proprio di «errori di diritto che, in nome dell'incertezza normativa, giustamente si “affrancano” a chi istituzionalmente dovrebbe averla [la responsabilità, n.d.r.]» e che, però, vengono imputati alla responsabilità oggettiva dell'operatore. Il Pres. Corradino, alla domanda circa l'eccesso di responsabilità sugli operatori privati e la sua inevitabile ricaduta potenzialmente negativa sul tessuto economico-sociale, così risponde: «La responsabilizzazione del privato è strettamente legata alla liberalizzazione e alla rinuncia alla necessità del controllo preventivo della pubblica amministrazione per lo svolgimento di numerose attività. Di fronte all'impossibilità per la pubblica amministrazione di rispondere in tempi ragionevoli alle richieste del privato, la tendenza della legislazione è stata quella di ampliare i confini del silenzio assenso. La conseguenza è che attività in grado di incidere sulla salute pubblica, sull'ambiente, perfino sulla sicurezza sono sostanzialmente liberalizzate e l'esistenza in capo ai gestori dei requisiti minimi è rimessa a controlli sporadici e casuali. Il sistema può reggere solo se sono previste sanzioni certe ed interdittive per quanti abbiano fornito dati falsi o svolgano l'attività in assenza dei requisiti minimi. Chi tradisce la fiducia della comunità deve essere immediatamente e definitivamente espulso dal mercato. Ci sono due aspetti che però non vanno sottovalutati. Da una parte c'è l'esigenza di tutelare chi sbaglia in buona fede. In questo caso, credo, c'è anzitutto un problema di chiarezza delle regole e di possibilità di dialogo fluido con la pubblica amministrazione come avviene in altri Paesi. D'altra parte, desta preoccupazione la tendenza legislativa a trasferire la responsabilità dal pubblico al privato: ne è testimonianza il nuovo

22 settembre 2022

comma 2 bis dell'art. 20 della l. 241/1990, introdotto dal d.l. 71/21, che prima lega il silenzio assenso ad un'attestazione del decorso dei termini "*e dell'intervenuto accoglimento della domanda*" del privato da parte della pubblica amministrazione e poi, in ipotesi di mancato rilascio di tale documento, prevede inspiegabilmente che essa sia sostituita da una dichiarazione dell'interessato resa ai sensi dell'art. 47, d.P.R. 445/2000 che, com'è noto, è penalmente sanzionata in caso di falsità. Dietro l'alibi dell'accelerazione sembra annidarsi un trasferimento del costo e soprattutto del rischio dell'inefficienza della pubblica amministrazione sul soggetto privato richiedente».

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2301 – 27 aprile 2022

Illegittima proroga *ex lege* della concessione balneare e reato di “abusiva occupazione dello spazio demaniale”. Cronaca di un finale annunciato (nota a Cass. pen. 22 aprile 2022 n. 15676)

di Piergiuseppe Otranto

Sommario: 1. Premessa - 2. La vicenda penale. Sequestri e dissequestri - 3. La decisione della Cassazione - 4. Il rapporto con le Adunanze plenarie del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021 – 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Alla vigilia di un nuovo intervento del legislatore che, ancora una volta, sembra ignorare la necessità di una compiuta riforma delle concessioni demaniali marittime, da troppo tempo solo preannunciata^[i], la Cassazione penale, con la sentenza 22 aprile 2022, n. 15676 ha scritto un altro capitolo della saga dei “Bagni Liggia” di Genova.

Si tratta di un finale – infausto per il concessionario, come meglio si dirà nel prosieguo – che una parte della dottrina^[ii] aveva preconizzato come possibile effetto delle sentenze c.d. gemelle dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in materia di concessioni balneari (nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021)^[iii], nonostante le “rassicurazioni” date sul punto dal Supremo consesso della giustizia amministrativa.

La vicenda, che la stessa Cassazione non esita a definire “annosa”, trae origine da un provvedimento di sequestro preventivo sul tratto di arenile occupato dallo stabilimento

balneare, fondato sull'ipotesi di reato di “abusiva occupazione di spazio demaniale” (art. 1161 cod. nav.) che punisce “chiunque *arbitrariamente* occupa uno spazio del demanio marittimo”.

Le considerazioni che seguono vengono rese a prima lettura, senza pretese di esaustività o completezza, al limitato scopo di fornire un immediato inquadramento delle questioni giuridiche più rilevanti che rivengono dalla recentissima decisione della Cassazione e che sono di sicuro interesse sotto il profilo non solo del diritto penale, ma anche amministrativo.

2. La vicenda penale. Sequestri e dissequestri

Per quanto è possibile ricostruire dagli atti di causa e dalla documentazione consultabile liberamente *online*, nel caso di specie l'imprenditore aveva ottenuto nel 1998 una concessione c.d. balneare con efficacia sino al 31 dicembre 2009. Il giorno prima dello spirare di tale termine era stato emanato il d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 (pubblicato il medesimo giorno) che aveva prorogato il termine di durata “delle concessioni in essere”, sino al 31 dicembre 2012^[iv].

Il Comune di Genova aveva quindi comunicato all'interessato dapprima l'operatività della proroga *ex lege* (n. 25 del 2010) sino al 31 dicembre 2015 e, con atto successivo, la perdurante efficacia del titolo in forza del d.l. 194/2009^[v].

Una prima richiesta di sequestro, formulata dalla Procura nel 2018 sul presupposto dell'inefficacia della concessione a seguito dello spirare del termine originariamente indicato nel titolo (31.12.2009), era stata rigettata dal Giudice per le indagini preliminari che aveva ritenuto sussistente – anche in virtù degli atti adottati dal Comune – un affidamento dell'imprenditore sulla perdurante validità del titolo concessorio^[vi]. Anche il Tribunale del riesame aveva confermato il rigetto della misura cautelare reale ravvisando l'insussistenza del *fumus* in relazione all'elemento materiale della condotta in ragione della non disapplicabilità *in malam partem* delle disposizioni nazionali di proroga *ex lege* ancorché violative del diritto Ue^[vii].

La decisione di riesame era però annullata con rinvio dalla Cassazione (sez. III, sentenza n. 25993 del 12 giugno 2019).

In primo luogo, secondo la Corte, la proroga sino al 31.12.2020 prevista dall'art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, poteva trovare applicazione esclusivamente per le concessioni nuove (e, dunque, per “quelle sorte dopo la legge 88 del 2001, e comunque valide a prescindere dalla proroga automatica di cui al d.l. 400 del 1993, come modificato dalla L. 88 del 2001, introdotta nel 1993 ed abrogata nel 2011”) e non anche per i provvedimenti – come quello rilevante nel caso di specie – adottati prima di tale data.

La distinzione è frutto dell'interpretazione che il giudice penale propugna^[viii] in relazione ad una norma che, al contrario, sembrava applicabile a tutte le concessioni efficaci alla data di entrata in vigore del d.l. n. 194/2009 (30 dicembre 2009)^[ix].

In ogni caso, secondo la Cassazione, dalla disapplicazione della norma nazionale in contrasto con la disciplina europea, derivavano l'insussistenza di un titolo concessorio legittimamente prorogato e, dunque, la rilevanza penale della condotta del concessionario^[x].

Ad avviso della Corte, tale soluzione interpretativa non dava luogo ad “una questione di applicazione in *malam partem* della normativa comunitaria, non potendosi ipotizzare né una violazione del principio di legalità, non vertendosi in ipotesi di introduzione di una fattispecie criminosa non prevista, né di tassatività, essendo la norma penale incriminatrice completa nei suoi aspetti essenziali”^[xi].

Il Tribunale del riesame^[xii], in funzione di giudice del rinvio, si uniformava a tali principi di diritto e disponeva il sequestro del tratto di arenile su cui insiste lo stabilimento balneare, sicché su tale decisione si formava un “giudicato cautelare”.

Con altro provvedimento del 2021^[xiii], il GIP estendeva il vincolo anche all'immobile insistente sull'area demaniale oggetto del primo sequestro, ma revocava poi la misura cautelare, tanto sull'arenile, quanto sull'immobile, ritenendo che l'indagato fosse incorso in un errore incolpevole^[xiv].

In particolare, nel provvedimento di dissequestro, il GIP, sebbene abbia ritenuto sussistente l'elemento oggettivo del reato contestato (in quanto il provvedimento concessorio originario non sarebbe mai stato legittimamente prorogato), negava la sussistenza dell'elemento psicologico del reato ipotizzato^[xv].

Ma la decisione del GIP era annullata dal Tribunale del riesame con ordinanza impugnata dall'indagato ed oggetto del giudizio che ha dato luogo alla sentenza che brevemente si commenta.

3. La decisione della Cassazione

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione ha ripercorso e fatto proprio l'*iter* motivazionale del proprio precedente dianzi richiamato (sent. n. 25993/2019).

Esula dagli scopi di queste considerazioni l'analisi critica del percorso logico giuridico seguito dalla Corte nelle due decisioni. Ci si limita, tuttavia, ad osservare, che, secondo il Collegio, l'occupazione del bene demaniale in forza di una concessione legittimamente rilasciata e (ancorché illegittimamente) prorogata dalla legge e dall'autorità amministrativa (in forza di tale legge), è equiparabile alla condotta di chi “arbitrariamente occupa uno spazio del demanio marittimo” (art. 1161 cod. nav.). Nell'affermare tale principio, la Cassazione richiama un orientamento che tende ad accomunare la situazione in cui il soggetto occupi il bene in forza di una concessione dichiarata (dalla legge e dall'amministrazione) ancora esistente, ma la cui persistenza è ritenuta illegittima per violazione del diritto Ue, a quella in cui il titolo sia radicalmente assente o pacificamente scaduto.

Per tal via, dalla disapplicazione del diritto nazionale contrastante con il diritto Ue (o del provvedimento applicativo della norma interna), finiscono per derivare effetti pregiudizievoli, sotto il profilo della responsabilità penale, per il cittadino.

Tale opzione ermeneutica, tuttavia, è in contrasto con il principio enunciato dalla Cassazione pen. Sez. un. (n. 22225/2012) in forza del quale “non è possibile che dalla disapplicazione di una norma interna per effetto del contrasto con la normativa comunitaria, sulla base del principio di preminenza del diritto comunitario, possano conseguire effetti pregiudizievoli per l'imputato. (...) In definitiva, l'utilizzo della normativa sovranazionale va escluso allorquando gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione in *malam partem* della fattispecie penale nazionale”.

In tale occasione le Sezioni unite ebbero modo di richiamare la giurisprudenza della Corte di giustizia Ue, secondo la quale, in ossequio ai principi generali del diritto, di “legalità della pena” e di “applicazione retroattiva della pena più mite” – che fanno parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e, quindi, sono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario^[xvi] – “l'obbligo di interpretazione conforme non può giungere sino al punto che una direttiva, di per se stessa e indipendentemente da una legge nazionale di trasposizione, crei obblighi per i singoli ovvero determini o aggravi la responsabilità penale di coloro che trasgrediscono le sue disposizioni”^[xvii].

La Cassazione penale, nella sentenza n. 15676/2022, peraltro, propugna un'interpretazione che contrasta anche con il principio enunciato dalla Corte di giustizia ed in forza del quale gli effetti diretti di una direttiva – non tempestivamente o non correttamente trasposta – possono essere invocati solo dal singolo nei confronti dello Stato e non anche di altri individui (c.d. “effetto diretto verticale”); mentre, all'opposto, non possono essere fatti valere dallo Stato – inadempiente nel dare attuazione alla direttiva – contro soggetti non tenuti alla sua applicazione (c.d. “effetto verticale inverso”)^[xviii].

La sentenza che si commenta, dunque, si discosta dall'insegnamento della Corte di giustizia e delle Sezioni unite ed attribuisce al cittadino – ancorché solo in relazione all'applicazione della misura cautelare – una responsabilità penale in un contesto in cui il valore della certezza dell'ordinamento appare smarrito.

4. Il rapporto con le Adunanze plenarie del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021

A questo punto, qualche osservazione va svolta in relazione alla interessante lettura che la Suprema Corte ha fornito delle Sentenze gemelle nn. 17 e 18/2021 dell'Adunanza plenaria che il ricorrente aveva indicato quale “fatto sopravvenuto” idoneo a superare il giudicato cautelare (§ 9 e ss.).

Nell'argomentare della Cassazione, l'orientamento della giurisprudenza penale in forza del quale il giudice deve disapplicare le norme interne di proroga contrastanti con l'ordinamento Ue, con ogni conseguenza sotto il profilo della penale responsabilità del titolare della (illegittima) concessione, pare oggi trarre nuova linfa dall'autorevole ricostruzione operata dall'Adunanza plenaria.

Proprio a voler ulteriormente fondare, attraverso l'avallo del massimo consesso della giustizia amministrativa, gli approdi già (autonomamente) raggiunti, la Cassazione sunteggia alcuni passi delle sentenze gemelle^[xix].

Ma da queste sentenze la Cassazione d'un tratto prende le distanze, quando giunge al cuore della questione: quali siano le conseguenze della illegittimità comunitaria della norma interna rispetto all'eventuale responsabilità penale del concessionario.

In proposito, l'Adunanza plenaria era pienamente avvertita dell'impatto sistemico che la propria decisione avrebbe potuto determinare sicché, sia pure a livello di *obiter dictum*, aveva ritenuto che non sussistesse un "rischio correlato alle possibili ripercussioni che una simile non applicazione potrebbe generare in termini di responsabilità penale dei concessionari demaniali, i quali, secondo una certa impostazione, venute meno le proroghe *ex lege*, si troverebbero privi di titolo legittimante l'occupazione del suolo demaniale, così incorrendo nel reato di occupazione abusiva di spazio demaniale marittimo previsto dall'art. 1161 cod. nav. Tale timore è, infatti, privo di fondamento, atteso che ad una simile conclusione ostano incondizionatamente i principi costituzionali di riserva di legge statale e di irretroattività della legge penale. Detti principi, come riconosciuto anche dalla Corte di giustizia U.E., fanno parte delle tradizioni costituzionali degli Stati membri e come tali sono parte integrante dello stesso ordinamento comunitario (ed in ogni caso rappresenterebbero comunque controlimiti interni al principio di primazia). Ne discende che la descritta operazione di non applicazione della legge nazionale anticomunitaria 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).

Come è noto, il principio di irretroattività della legge penale impedisce al legislatore di attribuire efficacia retroattiva ad una legge che contenga una nuova incriminazione (art. 25 Cost.), mentre l'articolo 2, comma 1 c.p. vieta al giudice di applicare retroattivamente una legge di tale contenuto.

È pacifico, infatti, che non possa sorgere alcuna responsabilità penale per condotte realizzate nella vigenza di una norma extra penale (che integri il precetto della norma "in bianco" incriminatrice) successivamente dichiarata incostituzionale, anche qualora dalla dichiarazione di incostituzionalità astrattamente derivi la rilevanza penale della condotta pregressa^[xx].

Nel caso che ci occupa, tuttavia, il contrasto della norma nazionale sussiste non già rispetto alla Costituzione (nel qual caso opera un sistema di controllo di legittimità accentrato in capo alla Corte costituzionale), ma rispetto al diritto Ue. In tale seconda ipotesi il contrasto non solo è oggetto di controllo diffuso anche da parte del giudice comune, chiamato a disapplicare la norma interna anticomunitaria; ma, come è noto, può – *recte* deve – essere accertato da qualunque soggetto dell'apparato dello Stato, compresa la p.A.

Proprio in ragione della immediata disapplicabilità della norma interna in contrasto con il diritto Ue, il vizio che affligge il provvedimento applicativo di tale norma non può considerarsi "sopravvenuto": esso, infatti, è *originario* non solo quanto alla decorrenza, ma anche quanto alla sua riconoscibilità da parte dell'Amministrazione e, in seconda battuta, da parte del giudice.

L'illegittimità comunitaria di una norma di legge (o di un atto amministrativo) nazionale sussiste *ab origine*, sicché se la condotta, astrattamente lecita sulla base della norma o del provvedimento illegittimi, assume rilevanza penale alla luce di una preesistente norma incriminatrice, non può ritenersi che la declaratoria di illegittimità comunitaria della norma o

del provvedimento e la conseguente disapplicazione, comportino direttamente una patente violazione del principio di irretroattività della legge penale.

Sembra alludere a questa dinamica concettuale la Corte di Cassazione allorché, nella sentenza n. 25993/2019 (che ha condotto alla formazione del giudicato implicito nella vicenda che ci occupa), afferma che dalla disapplicazione del diritto nazionale non deriva “una questione di applicazione in *malam partem* della normativa comunitaria, non potendosi ipotizzare né una violazione del principio di legalità, non vertendosi in ipotesi di introduzione di una fattispecie criminosa non prevista, né di tassatività, essendo la norma penale incriminatrice completa nei suoi aspetti essenziali”.

Gli è che da un lato il Consiglio di Stato – per supplire all’inerzia di un legislatore sempre più assente e incapace di fornire risposte appaganti alla domanda di certezza proveniente dalla società civile e dal mercato – ha provato ad indicare anche al giudice penale (non meno che al Parlamento ed alle Amministrazioni) la via maestra per una disciplina pretoria e (si spera) temporanea del settore, in attesa dell’auspicata organica riforma da introdurre secondo le regole previste dall’ordinamento per la produzione di diritto di origine legislativa; dall’altro lato, tuttavia, la Cassazione ha esercitato con pienezza l’autonomia che l’ordinamento le garantisce e – in un ideale dialogo a distanza con il Consiglio di Stato, che da sempre contraddistingue il rapporto dialettico tra le due giurisdizioni – si è discostata dal percorso suggerito, optando per una ricostruzione che ha come ineludibile approdo la sussistenza dell’elemento oggettivo del reato di cui all’art. 1161 cod. nav.

Tuttavia, in questo percorso ermeneutico, la Cassazione si è discostata anche dai principi che meritoriamente le Sezioni unite avevano dettato per garantire che la primazia del diritto dell’Unione – che nell’obbligo di interpretazione conforme e di disapplicazione trova uno dei suoi pilastri – non comportasse un inaccettabile arretramento sul versante dei principi fondamentali di legalità, tassatività ed irretroattività della pena.

Ad una declaratoria di insussistenza del *fumus* per l’adozione della misura cautelare la Corte sarebbe potuta pervenire anche seguendo il diverso percorso dell’insussistenza dell’elemento psicologico, richiamando i criteri e i parametri rilevanti in punto di errore scusabile, enucleati dalla Corte costituzionale (a partire dalla sentenza 24 marzo 1988, n. 364) per delineare i confini dell’ignoranza inevitabile della legge penale con effetti esimenti della relativa responsabilità^[xxi].

Ma la Cassazione ha ritenuto che non sussistessero nel caso di specie né “un comportamento positivo degli organi amministrativi”, né “un complessivo pacifico orientamento giurisprudenziale” che potessero indurre nell’indagato “il convincimento della correttezza dell’interpretazione normativa e, conseguentemente, della liceità del comportamento tenuto”.

Tale affermazione non può essere pienamente condivisa.

Anzitutto avrebbe meritato ampia considerazione il susseguirsi di leggi di proroga, introdotte dall’ordinamento anche dopo che la Corte di giustizia in *Promoimpresa* ^[xxii] aveva dichiarato la contrarietà delle proroghe rispetto alle regole dell’Unione. Siffatta pervicacia del legislatore –manifestata da ultimo con l’art. 1, comma 682, l. n. 145/2018 – non poteva non ingenerare nel cittadino, anche nel più avveduto ed informato operatore economico, il

convincimento della piena legittimità della scelta ordinamentale adottata dal Parlamento, con la conseguenza che, in presenza di un titolo concessorio legittimo ed efficace, non sussistesse una situazione di “abusiva occupazione dello spazio demaniale”.

Per altra via, è innegabile che, in riferimento alle concessioni balneari, la questione dell’obbligo per le Amministrazioni di disapplicare il diritto interno violativo di una direttiva europea *self executing* (oggetto proprio della rimessione all’Adunanza plenaria) risultava dibattuta non solo in dottrina, ma anche in giurisprudenza, realizzandosi per tal via quel “gravemente caotico (...) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari” che la Corte costituzionale considera idoneo a determinare l’errore scusabile.

Infine, la condotta tenuta dall’Amministrazione avrebbe probabilmente meritato una diversa valutazione da parte del giudice penale.

Nella sentenza in commento, infatti, la Corte richiama il proprio insegnamento secondo il quale “la buona fede, che esclude nei reati contravvenzionali l’elemento soggettivo, ben può essere determinata da un fattore positivo esterno ricollegabile ad un comportamento della autorità amministrativa deputata alla tutela dell’interesse protetto dalla norma, idoneo a determinare nel soggetto agente uno scusabile convincimento della liceità della condotta”^[xxiii]; ma ritiene tale principio non applicabile nel caso di specie (§15).

Ad avviso del giudice di legittimità, infatti, ai fini dell’esclusione dell’elemento soggettivo della colpa, deve ritenersi non sufficiente “un mero ‘atteggiamento acquiescente’ tenuto dall’Amministrazione nei confronti dell’indagato, atteso che in assenza di un fatto positivo dell’autorità amministrativa, idoneo a ingenerare uno scusabile convincimento di liceità del comportamento, la buona fede non può essere desunta da un mero fatto negativo, quale, appunto l’acquiescenza della p.A. nei confronti dell’indagato”.

Sembra, tuttavia, che la suprema Corte abbia valutato unicamente il provvedimento concessorio dell’11 giugno 2008 (la cui irrilevanza ai fini dell’errore scusabile era già stata deliberata dalla Cassazione con sentenza n. 10218/2020), senza attribuire alcun rilievo alle successive note nelle quali il Comune (nel 2011 e nel 2016) dava atto del perdurare dell’efficacia della concessione per effetto delle sopravvenute proroghe *ex lege*^[xxiv].

Non può, peraltro, escludersi che la Cassazione sarebbe potuta giungere ad un diverso approdo, qualora l’Adunanza plenaria con le sentenze nn. 17 e 18 del 2021 avesse riconosciuto efficacia autoritativa (e non, dunque “meramente ricognitiva dell’effetto prodotto dalla norma”) e natura provvedimentale agli atti con i quali le Amministrazioni hanno sovente (ed in modo ambiguo) *comunicato* agli interessati le proroghe perfezionate a seguito delle riforme legislative che si sono susseguite^[xxv].

È innegabile, infatti, che dinnanzi ad un atto che costituisce manifestazione del potere (che, in una prospettiva istituzionale, l’ordinamento affida proprio all’Ente) di produrre, nel singolo caso concreto, l’effetto delineato, genericamente e per tutti i casi consimili, *ex lege*, difficilmente il giudice penale avrebbe potuto disconoscere la sussistenza di un comportamento positivo degli organi amministrativi (inverato in quel provvedimento) idoneo ad ingenerare l’errore scusabile dell’indagato.

In altri termini, qualora l'Adunanza plenaria, con minore sforzo "creativo", avesse riconosciuto la natura provvedimentale della "proroga", la posizione del concessionario ne sarebbe risultata rafforzata: certamente in sede amministrativa (per l'operare dei limiti introdotti dalla legge all'esercizio dell'autotutela, a quel punto necessario per rimuovere gli effetti della proroga), ma anche in sede penale, in virtù della rilevanza della condotta dell'Amministrazione in relazione alla configurabilità di un errore scusabile.

5. Osservazioni conclusive

Le considerazioni svolte portano a ritenere la decisione della Cassazione penale irragionevole nella misura in cui finisce per scaricare sul privato tensioni accumulate nel corso di anni in un settore in cui troppo a lungo l'interesse economico degli operatori nazionali ha ostacolato un'organica riforma che tenesse in debito conto da un lato le reiterate sollecitazioni provenienti dall'ordinamento Ue – intento, come è naturale, a garantire il corretto dispiegarsi delle regole della concorrenza – dall'altro l'interesse pubblico alla valorizzazione ed alla tutela del bene demaniale.

L'inerzia del legislatore è stata accompagnata dalla ritrosia delle Amministrazioni nella disapplicazione del diritto interno in favore delle regole pro-concorrenziali di derivazione europea e da una faticosa e meritoria opera del giudice amministrativo, chiamato a fornire risposte di giustizia in un quadro di estrema incertezza ordinamentale derivante (anche) dalla sovrapposizione di regole nazionali ed europee.

Se è vero che il giudice penale costituisce sovente l'ultimo baluardo per la tutela effettiva di interessi pubblici (si pensi, in via esemplificativa, alla protezione dell'ambiente, della salute, del patrimonio culturale, non meno che all'ordinato assetto del territorio), la cui cura troppo spesso è colpevolmente trascurata da quelle stesse Amministrazioni cui l'ordinamento affida il potere-dovere di farsene gelose custodi a beneficio della generalità dei consociati^[xxvi], non può ammettersi che sia "il rigore della legge penale a favorire, a colpi di sanzioni inflitte ai privati"^[xxvii] quella certezza giuridica negata da un'Amministrazione inerte, nel concorso con un legislatore distratto o, peggio, ostaggio di interessi di parte.

Né può ammettersi che il cittadino che abbia confidato nella piena legittimità dell'assetto di interessi delineato da un atto amministrativo – che più correttamente si dovrebbe qualificare come provvedimento – applicativo di una norma di legge pienamente vigente, si trovi esposto alle conseguenze sanzionatorie previste dall'ordinamento, *massime* quando si tratti di conseguenze rilevanti sul piano penale, per effetto da un lato di un esercizio dell'azione penale che – a fronte di una situazione di conclamata illegittimità che riguarda migliaia di concessioni balneari in tutta Italia – non può che essere episodico (e per ciò stesso afflittivo solo per i concessionari indagati); dall'altro lato di un'interpretazione che il giudice, volta a volta investito della controversia, fornisca della fattispecie, anche disattendendo gli insegnamenti dettati dagli organi di vertice dei plessi giurisdizionali nell'esercizio della propria funzione nomofilattica.

Ancora una volta, disposizioni introdotte nell'evidente intento di favorire gli operatori economici rischiano di rivelarsi vere e proprie trappole per questi, che paiono chiamati dall'ordinamento a ricercare sotto la propria esclusiva responsabilità, una certezza

giuridica sempre vagheggiata – ma troppo spesso smarrita nei sentieri tortuosi di una giurisprudenza che approda a soluzioni sempre diverse, mutevoli ed imprevedibili.

Sembra di poter concludere che abbiamo di fronte, anche in questo caso, gli effetti esiziali che la conclamata crisi della certezza giuridica produce sul piano della tutela dei diritti non meno che dello sviluppo dell'economia, in un ordinamento connotato dalla graduale recessività del diritto di origine "legislativa", dalla pluralità ed atipicità delle fonti, dalla debolezza del legislatore, dalla troppo frequente inadeguatezza dell'Amministrazione ad assolvere alla propria funzione istituzionale e finanche da gravi aporie che si registrano all'esito di una deriva creazionista della giurisprudenza che, almeno nei suoi esiti più estremi, resta da scongiurare^[xxviii].

In tale contesto occorre che il legislatore, accogliendo le sollecitazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza più avveduta, eserciti – nel settore delle concessioni balneari, ma non solo – in modo pieno le proprie prerogative e si faccia carico del compito di individuare regole certe in grado di produrre quell'effetto di stabilizzazione nomica che concorre a governare la complessità della società post-moderna.

[i] Cfr., XVIII legislatura, d.d.l. di iniziativa governativa, AS 2469, "legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021" attualmente all'esame delle commissioni. I contenuti essenziali di una legge generale sulle concessioni marittime – che tenesse in debito conto le esigenze di gestione e valorizzazione del bene pubblico, gli interessi degli utenti, quelli dei concessionari e del mercato – erano stati delineati da V. Caputi Jambrenghi, *L'interesse pubblico nelle concessioni demaniali marittime*, in D. Granara (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti in fronte al Mare. Atti del Convegno di Sestri Levante, 15-16 giugno 2019*, Torino 2019, 67 ss.

[ii] M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. soc.*, 2021, 355-356.

[iii] Le sentenze hanno immediatamente destato l'interesse della dottrina. Tra i primissimi commenti si segnalano quelli raccolti nel numero speciale di *Diritto e società*, n. 3/2021, nonché, per limitarsi a quelli apparsi in questa rivista, F.P. Bello, *Primissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 24 novembre 2021*; E. Cannizzaro, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato, 30 dicembre 2021*; E. Zampetti, *Le concessioni balneari dopo le pronunce Ad. plen. 17 e 18 2021. Definito il giudizio di rinvio innanzi al C.G.A.R.S. (nota a Cgars, 24 gennaio 2022 n. 116)*, 27 gennaio 2022; F. Francario, *Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 28 gennaio 2022*; M.A. Sandulli, *Sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria*, 16 febbraio 2022.

[iv] Si riporta di seguito il testo originario dell'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009: "il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2012 è prorogato fino a tale data". A seguito della legge di conversione (26 febbraio 2010, n. 25) il termine della proroga era stato fissato al 31.12.2015; con d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, il termine è stato ulteriormente prorogato al 31 dicembre 2020.

[v] Cfr. Tribunale di Genova, sezione per il riesame, ordinanza del 9 novembre 2018: "va puntualizzato che il Comune di Genova ha rilasciato in favore del Galli ben due provvedimenti successivi per legittimare la proroga dell'efficacia della sua concessione (entrambi presenti in copia fra gli atti allegati alla richiesta del P.M.): il primo in data 18 novembre 2011, con il quale la licenza (...) viene prorogata fino al 31.12.2015 in forza della l. 25/2010, e il secondo in data 29.11.2016, con il quale il medesimo titolo concessorio viene qualificato come 'già instaurato e pendente in base all'art.1, comma 18, d.l. 194/2009' (...) e ne viene pertanto riconosciuta la perdurante validità 'non risultando ancora emanata la predetta normativa di revisione e riordino della materia': con il che, nei fatti, l'efficacia del titolo viene differita fino al 2020".

[vi] Tribunale di Genova, ufficio GIP, decreto del 2 ottobre 2018.

[vii] Cfr. Tribunale di Genova, sezione per il riesame, ordinanza del 9 novembre 2018: “di fronte a uno Stato che, nonostante l'avvio di una procedura di infrazione comunitaria per la vigenza di norme in contrasto con principi di rango sovranazionale, ha adottato plurime leggi con le quali ha protratto nel tempo l'efficacia di titoli concessori che dovrebbero considerarsi spazzati via dalla normativa comunitaria, occorrerebbe richiamare lo Stato alle sue responsabilità piuttosto che scaricare sul concessionario l'obbligo di uniformarsi spontaneamente, peraltro senza che nemmeno gliel'abbia intimato l'Autorità concedente, come nel caso in esame, alla normativa sovranazionale”.

[viii] Secondo Cass. pen. n. 25993/2019, “le disposizioni ex lege 194 del 2009 si riferiscono esclusivamente alle concessioni nuove, ovvero a quelle sorte dopo la legge 88 del 2001, e comunque valide a prescindere dalla proroga automatica di cui al d.l. 400 del 1993, come modificato dalla l. 88 del 2001, introdotta nel 1993 ed abrogata nel 2001. Una diversa ed inammissibile interpretazione porterebbe a ritenere che il legislatore abbia abrogato espressamente la disciplina della proroga automatica introdotta nel 1993, in quanto in contrasto con la normativa europea, salvaguardandone comunque gli effetti e, in tal modo, operando in contrasto con la disciplina comunitaria (Sez.3, n.29763 del 26/03/2014, Rv.260108)”.

[ix] Nel senso dell'applicabilità della proroga ex d.l. n. 194/2009, specie in relazione alla (non) configurabilità del reato di cui all'art. 1161 cod. nav., militano numerosi argomenti: a) anzitutto il tenore letterale della disposizione che, con formulazione assai ampia, faceva riferimento alle “concessioni in essere” alla data di entrata in vigore del decreto; b) un'interpretazione sistematica, considerato che successivamente il legislatore ha previsto una proroga generalizzata delle concessioni esistenti (art. 1, commi 682 e 683 l. n. 145/2018); c) il principio enunciato dalla Cassazione penale a sezioni unite ed in forza del quale, come a breve meglio si preciserà, non è possibile che dalla disapplicazione di una norma interna per effetto del contrasto con la normativa comunitaria possano conseguire effetti pregiudizievoli per l'imputato (sentenza 8 giugno 2012, n. 22225).

[x] Cass. pen. n. 25993/2019, § 7: “va disapplicata la normativa di cui all'art. 24, comma 3-septies, d.l. 24 giugno 2016, n. 113, conv. in l. 7 agosto 2016, n. 160, laddove la stessa, stabilizzando gli effetti della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime prevista dall'art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, conv. in legge 26 febbraio 2010, n. 25, contrasta con l'art. 12, par. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 (c.d. direttiva Bolkestein) e, comunque, con l'articolo 49 TFUE. (Sez.3, n.21281 del 16/03/2018, Rv.273222, cit.)”.

[xi] Cass. pen. n. 25993/2019, § 8.

[xii] Ordinanza del 12 luglio 2019.

[xiii] Tribunale di Genova, ufficio per le indagini preliminari, decreto dell'8 novembre 2021.

[xiv] Tribunale di Genova, ufficio per le indagini preliminari, ordinanza del 3 dicembre 2021.

[xv] Secondo quel Giudice, infatti, il concessionario “si era trovato ‘ostaggio’ di un pervicace e contrastante atteggiamento dei pubblici poteri”: da un canto il Comune nel 2011 aveva espressamente concesso la proroga ex d.l. 194/2009; dall'altro il legislatore, ancorché violando il diritto Ue, aveva disposto due successive ulteriori proroghe. Osserva il GIP che l'indagato era incorso in errore scusabile “generato dall'ingannevole informazione/disposizione prodotta da fonti qualificate”. Per altra via il giudice evidenzia l'irragionevolezza di una soluzione interpretativa secondo la quale “nonostante una pubblica amministrazione che l'autorizzava a proseguire nel rapporto concessorio, applicando non una ma addirittura due leggi statali di proroga” l'indagato avrebbe dovuto disattendere la proroga e rendersi – dato questo non trascurabile – inadempiente agli obblighi derivanti dalla concessione.

[xvi] Corte di giustizia Ue, grand. Sez., sentenza 3 maggio 2005, in cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi*; sentenza 16 giugno 2005, in causa C- 105/03, *Pupino*.

[xvii] Corte di giustizia Ue, sentenza 5 luglio 2007, in causa C-321/05 *Kofoed*, § 45.

[xviii] Sul punto, nell'ambito di una vasta dottrina, cfr., E. Cannizzaro, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato*, cit.

D'altro canto, la Corte costituzionale, con sentenza 28 gennaio 2010, n. 28 aveva affermato il principio secondo il quale “l'efficacia diretta di una direttiva è ammessa – secondo la giurisprudenza comunitaria e italiana – solo se dalla stessa derivi un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente. Gli effetti diretti devono invece ritenersi esclusi se dall'applicazione della direttiva deriva una responsabilità penale”.

[xix] Al § 11 della sentenza Cass. pen.15676/2022, si ripercorrono le argomentazioni sviluppate dall'Ad. plen., spec. ai § 14, 16, 24, 25 delle sentenze gemelle.

[xx] Addirittura, in deroga al principio per il quale l'efficacia retroattiva della sentenza della Consulta si arresta dinanzi ai rapporti già regolati in via definitiva dalla legge incostituzionale, l'art. 30, comma 4, della l. n. 87/1953 dispone che "quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali".

[xxi] Su questa linea si era attestato il GIP nel provvedimento di dissequestro del 3 dicembre 2021, ponendo in rilievo come l'indagato si fosse trovato di fronte "all'univoco atteggiamento di un legislatore che reiteratamente prorogava le concessioni demaniali e [ad] una p.A. che non dava corso alla richiesta di proroga dal medesimo presentata, proprio facendo applicazione delle proroghe legislative (...) confortato di essere nella medesima situazione di altri numerosi 'colleghi', la cui concessione scaduta non era prorogata in via amministrativa, al pari della sua, in virtù delle proroghe legali anzidette". Si segnala, peraltro, che secondo il Tribunale del riesame (ord. del 9 novembre 2018) "il punto cruciale sembra essere proprio la connotazione 'arbitraria' o 'abusiva', in sostanza *contra legem*, dell'occupazione dell'area demaniale (...) profilo che, pur inerendo precipuamente all'elemento materiale del reato di cui all'art. 1161 cod. nav., si riflette pur sempre sul relativo elemento psicologico, trattandosi di dolo specifico che sorregge la condotta e che sembra prescindere, all'evidenza, da ogni possibile caratterizzazione della stessa in termini colposi; non si vede, per vero, come sia possibile commettere un atto qualificato dal legislatore come 'arbitrario' (nel precetto) e 'abusivo' (nella rubrica) serbando un atteggiamento psicologico indotto da un errore, per di più sulla normativa vigente e nemmeno sul fatto: la contravvenzione in parola sembra, dunque, dolosa per natura, apparendo una contraddizione insanabile quella tra 'arbitrarietà' della condotta ad essa sottesa e l'eventuale colpa nella relativa consumazione".

[xxii] Corte di giustizia del 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*.

[xxiii] Cass. pen., sez. I, 15 luglio 2015 n. 47712. In quel caso la Corte aveva ritenuto scusabile l'errore dell'imputato, che, nel denunciare all'Amministrazione l'arma ereditata dal padre, non aveva indicato le munizioni in suo possesso, in ciò indotto da una nota dell'ufficio di p.s.

[xxiv] Cfr. *supra* nota 5 e la ricostruzione sul punto operata dal Tribunale di Genova, sezione per il riesame, ordinanza del 9 novembre 2018.

[xxv] Per la tesi secondo la quale la volontà (di disporre la proroga) espressa dalle leggi che si sono susseguite negli anni necessitava di una concreta attuazione per il tramite di un atto amministrativo di natura provvedimentoale (e per alcune considerazioni sulle conseguenze di siffatta impostazione in ordine ai limiti della necessaria autotutela da esercitarsi in relazione a tali atti), sia consentito il rinvio a P. Otranto, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela*, in *Dir. soc.*, 2021, 583 ss. Sulla "nuova autotutela" all'indomani della l. n. 124/2015, cfr., nell'ambito di una vasta dottrina, cfr. F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015; M.A. Sandulli, *Autotutela e stabilità del provvedimento nel prisma del diritto europeo*, in P.L. Portaluri (a cura di), *L'Amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia*, Napoli 2016, 125 ss.; Id., *Autotutela*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2016*, Roma 2016.

[xxvi] È interessante osservare, in proposito, che nella vicenda che ci occupa, il Tribunale di Genova, sezione per il riesame, ordinanza del 13 luglio 2019, convalidava il sequestro dando esecuzione alla sentenza Cass. pen. sez. III, n. 25993/2019, e tuttavia restituitiva gli atti al P.M. perché svolgesse accertamenti investigativi in ordine all'eventuale condotta penalmente rilevante (ex artt. 323, 328 e 361 c.p.) derivante dal "comportamento delle Autorità amministrative (Agenzia del Demanio, Capitaneria di Porto e Comune di Genova) che mostrano di aver tollerato per circa un decennio la consumazione dell'illecito penale in esame ad opera dell'indagato".

[xxvii] Cfr. Tribunale di Genova, sezione per il riesame, ordinanza del 9 novembre 2018.

[xxviii] Sul tema dell'incertezza delle regole e del creazionismo giurisprudenziale nell'ordinamento amministrativo moderno si v. per tutti M.A. Sandulli, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici*, in *Federalismi.it*, 23 maggio 2018; Id., *I giudici amministrativi valorizzano il diritto alla sicurezza giuridica, ivi*, 21 novembre 2018; Id., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018, 45 ss.; Id., *La "risorsa" del giudice amministrativo*, in *Questione giustizia*, n. 1/2021, 38 ss. Il tema è stato oggetto di analisi ed approfondimento durante il convegno di studi sul tema "I materiali della legge nella teoria delle fonti e nell'interpretazione del diritto", Roma, Palazzo Spada, 20 aprile 2022.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2128 – 14 gennaio 2022

Il membro laico del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana è un consigliere di Stato? (Nota a Cons. St., Sez. V, 14 settembre 2021, n. 6282)

di Riccardo Pappalardo

Sommario: **1.** Premessa - **2.** Il fondamento storico e giuridico del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana - **3.** L'art. 23 e l'autonomismo giudiziario della Regione Siciliana - **4.** La composizione del Consiglio di Giustizia: il caso dei componenti laici - **5.** Differenza tra rapporto organico e rapporto di servizio dei componenti laici - **6.** Una "sezione" un po' particolare - **7.** La natura di giudici onorari dei componenti laici del CGARS - **8.** La temporaneità dell'incarico - **9.** L'indipendenza del componente laico - **10.** I componenti laici alla luce del diritto eurounitario.

1. Premessa

La sentenza in commento, muovendo da un quesito apparentemente secondario e legato all'organizzazione interna della giustizia amministrativa, affronta abilmente una tematica di portata ordinamentale soffermandosi sulla natura del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (CGARS) e, in particolare, su quella dei suoi componenti "laici".

Il *thema decidendum* origina dal ricorso che un avvocato, membro laico del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, ha presentato avverso il provvedimento con cui il Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa ha rigettato la sua richiesta di trasferimento "*nella qualità di Consigliere di Stato*" presso una delle Sezioni con sede in Roma del Consiglio di Stato.

Soccombente in primo grado, il ricorrente ha proposto appello dinnanzi al Consiglio di Stato sia per l'accertamento del proprio *status* di consigliere di Stato a tempo indeterminato sia per ottenere il trasferimento della sede.

2. Il fondamento storico e giuridico del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana

Prima di ripercorrere più nel dettaglio il percorso motivazionale seguito dalla sentenza, appare utile soffermarsi brevemente sul fondamento storico del Consiglio di Giustizia e sul quadro normativo di riferimento.

Com'è noto, la Regione Siciliana è una regione a statuto speciale, probabilmente la più speciale tra le speciali, e il suo spirito independentista affonda le radici nella storia più antica.^[1]

Patria dei Vespri siciliani del 1282 contro la dominazione angioina, li ebbero origine anche i moti rivoluzionari del 1848 prima di irradiarsi in tutta Europa e certamente non fu casuale che l'avventura garibaldina dei mille abbia fatto rotta verso le coste siciliane.^[2]

Considerati quindi la tempra e gli ardori independentisti dei suoi abitanti, non stupì eccessivamente che, terminato il ventennio fascista, il suo Statuto venne emanato con il Regio Decreto Legislativo 15 maggio del 1946, ben prima, quindi, che si svolgesse il referendum del 2 giugno che avrebbe chiamato gli italiani a fare una netta scelta tra repubblica e monarchia.^[3]

L'autonomia regionale era non solo l'occasione per i siciliani di avere quell'autogoverno tanto agognato e che non avevano mai pienamente vissuto fino a quel momento, ma anche uno strumento organizzativo in grado di aumentare il carattere democratico dell'intera nazione.^[4]

Lo Statuto, che muoveva da queste istanze del popolo siciliano, a norma del secondo comma dell'art. 1 del Regio Decreto Legislativo del '46 entrò subito in vigore ma avrebbe dovuto essere sottoposto all'Assemblea Costituente per essere coordinato con la nuova Costituzione dello Stato, e così avvenne, sebbene formalmente.

Nelle due sedute del 31 gennaio 1948, infatti, l'Assemblea Costituente discusse della compatibilità dello Statuto siciliano con la neonata Costituzione e, con la legge costituzionale n. 2 del 1948, decise di approvarlo senza alcuna variazione, attribuendogli così il rango di fonte costituzionale. Si prevede però, al secondo comma dell'art. 1, un termine di due anni entro il quale, su iniziativa dello Stato o della Regione, il Parlamento, con legge ordinaria, avrebbe potuto apportare le modifiche ritenute necessarie.^[5] Eventualità, questa, nei fatti mai verificatasi, dato che l'Alta Corte per la Regione Siciliana^[6], in forza delle sue prerogative di giudice costituzionale, con la sentenza 10 luglio 1948 n. 4, dichiarò incostituzionale tale procedura speciale di revisione, facendo così naufragare quella possibilità di intervento contemplata dai costituenti.^[7]

3. L'art. 23 e l'autonomismo giudiziario della Regione Siciliana

Seppur di indubbio interesse, non è certo questa la sede per ripercorrere le tappe e le peculiarità storico-giuridiche della Sicilia.

Per il tema che ci occupa bisogna, invece, sottolineare che uno dei principali punti in cui appariva faticoso il coordinamento tra lo Statuto siciliano e la Costituzione repubblicana fu l'autonomismo giudiziario della Regione Siciliana[8]. Questo, per quanto ridimensionato nel tempo con il venir meno dell'Alta Corte[9], trova tutt'oggi il suo riconoscimento nell'art. 23 dello Statuto, che nei primi due commi statuisce che *“gli organi giurisdizionali centrali avranno in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione. Le Sezioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti svolgeranno altresì le funzioni rispettivamente consultive e di controllo amministrativo e contabile”*.

Il decentramento territoriale degli organi giurisdizionali statali costituisce, a ben vedere, un nodo centrale per preservare l'animo autonomista dell'Isola e va rintracciato nel *“mai sopito rimpianto dei siciliani ed in particolare del foro, lasciato dalla soppressione, con l'unificazione attuata nel 1923, della Corte di Cassazione di Palermo”*.^[10]

Si tratta di una risalente tradizione giuridica, testimoniata dalla presenza della Corte di Cassazione di Palermo prima dell'unificazione del 1923^[11], ma che risale all'ordinamento del Regno delle Due Sicilie, con l'istituzione nel 1819 della Corte Suprema di Giustizia di Palermo, specularmente all'omologa Corte con sede a Napoli.

Per quel che riguarda la giustizia amministrativa, l'attuazione dell'art. 23 dello Statuto si scontrò con l'Adunanza generale del Consiglio di Stato^[12], che si oppose con fermezza all'istituzione di una sezione territorialmente distaccata, paventando il rischio di pregiudizio per *“l'unità del sistema giuridico nazionale”*.^[13]

Sulla scorta di tali preoccupazioni fu emanato il D.lgs. 6 maggio 1948, n. 654^[14], con cui, anziché istituire una Sezione del Consiglio di Stato in Sicilia, si forgiò un nuovo organo, denominato Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con sede a Palermo e competenza a decidere in via giurisdizionale gli appelli proposti avverso le decisioni delle Giunte provinciali amministrative (e poi, dopo la loro istituzione, delle sezioni del Tribunale Amministrativo Regionale per la Regione Siciliana).^[15]

L'assetto venutosi a creare nel 1948, quindi, andava in un senso decisamente divergente rispetto a quello indicato nell'art. 23 dello Statuto ed era sostanzialmente bicefalo: da un lato vi era il Consiglio di Giustizia, con competenza limitata alla Regione Siciliana e, dall'altro, il Consiglio di Stato, con competenza sul resto del territorio nazionale.

A testimonianza di tale dualismo, l'art. 5 del D.lgs. n. 654 del 1948 chiariva che *“Il Consiglio di giustizia amministrativa esercita le funzioni in grado di appello attribuite al Consiglio di Stato”*.

Questo impianto istituzionale si mantenne per oltre cinquant'anni, fino a quando il D.lgs. 24 dicembre 2003 n. 373, recante nuove *“Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato”*, abrogò il decreto del 1948, cambiando contestualmente la veste del Consiglio di Giustizia, quantomeno sotto il profilo formale.

Il comma 2 dell'art. 1, del nuovo decreto, infatti, dispone che *“il Consiglio di giustizia amministrativa ha sede in Palermo ed è composto da due Sezioni, con funzioni, rispettivamente, consultive e giurisdizionali, che costituiscono Sezioni staccate del Consiglio di Stato”*.

Il decreto del 2003, dunque, offre una definizione più aderente al testo dell'art. 23 dello Statuto e ordina in maniera più armonica la giurisdizione amministrativa, mantenendo comunque fermo il principio di specialità per la Regione Siciliana che, come sostenuto anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 316 del 2004, esprime *“un’aspirazione viva, e comunque saldamente radicata nella storia della Sicilia, ad ottenere forme di decentramento territoriale degli organi giurisdizionali centrali”*.^[16]

Nella sentenza appena menzionata il Giudice delle leggi, pur riconoscendo le innovazioni apportate dal decreto attuativo del 2003, ha avuto cura di precisare che anche sotto il vigore del d.P.R. n. 654 del 1948 poteva ritenersi che il Consiglio di Giustizia esercitasse le stesse funzioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato^[17]. Sotto questo profilo, pertanto, la riforma del 2003 aveva solamente rimosso le anomalie già segnalate dalla Corte costituzionale al fine di ripristinare l'originario modello statutario di decentramento, organizzato su due sezioni “staccate” del Consiglio di Stato.

4. La composizione del Consiglio di Giustizia: il caso dei componenti laici

Sulla base di quanto illustrato, e in considerazione delle vigenti fonti di rango sia costituzionale che primario, è dunque possibile affermare che il Consiglio di Giustizia non può considerarsi alla stregua di un giudice speciale, bensì quale sezione del Consiglio di Stato, seppur caratterizzata da alcune peculiarità.

Se si tralascia la circostanza, tutt'altro che marginale, di aver una denominazione propria e diversa da quella di “Consiglio di Stato”, la prima a venire in rilievo per il Consiglio di Giustizia Amministrativa è chiaramente la collocazione territoriale della sede, a Palermo anziché a Roma, a cui si correla il tipo di competenza che, a differenza di quanto avviene per le restanti sezioni del Consiglio di Stato, non è per materia ma per territorio.

La seconda, fondamentale, peculiarità riguarda la composizione: tanto la sezione consultiva quanto quella giurisdizionale devono essere composte da consiglieri di Stato^[18] e da membri non togati (c.d. laici) in possesso dei requisiti di cui all'articolo 106, terzo comma, della Costituzione per la nomina a consigliere di Cassazione^[19] ovvero di cui all'articolo 19, primo comma, numero 2), della legge 27 aprile 1982, n. 186^[20], a cui si aggiunge un prefetto della Repubblica per la sezione consultiva.

Eccezion fatta per il prefetto, il quale viene designato dal Ministro dell'Interno di concerto con il Ministro per gli affari regionali, i restanti componenti laici vengono designati dal Presidente della Regione Siciliana.

La nomina è invece rimessa ad un decreto del Presidente della Repubblica, emanato su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri (a cui, per espressa

disposizione dell'art. 6 del D.lgs. n. 373 del 2003, partecipa anche il Presidente della Regione Siciliana).

A norma dell'art. 4, comma 2, del D.lgs. n. 373 del 2003, peraltro, il collegio giudicante deve essere composto da uno dei due presidenti della Sezione, da due consiglieri di Stato e da due dei membri laici. Con tale scelta, quindi, il Legislatore ha voluto sottolineare la centralità del contributo dei componenti laici, la cui necessaria presenza nel collegio giudicante, tuttavia, come ben evidenziato da autorevole dottrina, pone importanti difficoltà, specie nel caso in cui gli organi politici tardino ad effettuare le nomine, non essendo previsto per i componenti laici uscenti l'istituto della *prorogatio*.^[21]

È al lume di queste premesse che il D.lgs. n. 373 del 2003, delineando il nuovo assetto organizzativo del CGARS, equipara formalmente i membri laici ai componenti togati per quanto concerne il loro *status* giuridico, il regime disciplinare e, seppur entro certi limiti, il trattamento economico.^[22] A differenza dei consiglieri di Stato di nomina governativa, però, il loro incarico dura sei anni e non è rinnovabile.

Partendo da queste coordinate, il Consiglio di Stato ha intessuto la trama della decisione qui in commento a fronte delle censure mosse alla decisione del Consiglio di Presidenza, che ha rigettato la richiesta avanzata da un membro laico del CGARS per il riconoscimento dello *status* di consigliere di Stato e il conseguente trasferimento a una "sezione romana".

Seppur il D.lgs. n. 373 del 2003 non rechi espressamente alcun divieto di trasferimento dei membri laici, i giudici di Palazzo Spada hanno affermato che tale divieto si ricava per implicito ed è connaturato nella natura del CGARS e nella dimensione esclusivamente regionale delle funzioni di consulenza giuridico-amministrativa e di giurisdizione attribuite a tale organo, sussistendo un "*vincolo di permanenza del componente laico presso il Consiglio di giustizia amministrativa*".

Diversamente opinando, nota il Consiglio di Stato, tenuto conto della necessaria partecipazione di membri laici e togati, si verrebbe a due contraddizioni: da un lato componenti espressione delle istanze autonomistiche della Regione Siciliana andrebbero a svolgere le loro funzioni al di fuori del territorio regionale, introducendosi, peraltro, un fonte di provvista dei consiglieri di Stato ulteriore rispetto a quelle previste dall'art. 19 della legge n. 186 del 1982; dall'altro, per ovviare alle scoperture di organico che si verrebbero a creare, al fine di ripristinare il numero dei componenti laici previsto dagli artt. 3 e 4 del D.lgs. n. 373 del 2003, si renderebbe necessaria la nomina di altri componenti laici, che a loro volta potrebbero chiedere di essere trasferiti, e così via.

Inoltre, se si considerasse anche il possibile flusso inverso, con tutta evidenza si altererebbe il rapporto laici-togati presso il Consiglio di Giustizia Amministrativa previsto dalla legislazione attuativa dello statuto regionale.

Ma ciò che più conta è che, ove in ipotesi si ammettesse la libera mobilità verso le sezioni del Consiglio di Stato, si interromperebbe il legame funzionale esclusivo con l'attività giurisdizionale e consultiva relativa agli affari di interesse regionale che contraddistingue il *rapporto organico* dei componenti laici del Consiglio di Giustizia Amministrativa, ed in base al quale questi ultimi sono investiti di "*una funzione legata all'amministrazione della giustizia*".

esclusivamente nel territorio regionale e alle controversie in cui è interessata la regione stessa” (Cons. St., Sez. I, 11 febbraio 2021, n. 186).

5. Differenza tra rapporto organico e rapporto di servizio dei componenti laici

Il Consiglio di Stato, facendo riferimento al rapporto organico che lega i membri laici al Consiglio di Giustizia, recupera dunque il ragionamento giuridico seguito pochi mesi prima in sede consultiva quando, chiamato a rendere parere, ha escluso la partecipazione dei suddetti componenti laici all’Adunanza Generale del Consiglio di Stato ove non si trattino affari inerenti alla Regione Siciliana.

Occorre distinguere, quindi, le funzioni giurisdizionali o consultive svolte dal componente laico (che attengono al “rapporto organico” con l’Ente) dalla relazione giuridica che lo lega alla giustizia amministrativa (ossia, il “rapporto di servizio”). Quest’ultimo, rispetto al rapporto organico, si pone in posizione accessoria.

L’art. 7, comma 1, del D.lgs. n. 373 del 2003, come si è già avuto modo di evidenziare, prevede che ai membri laici, durante il periodo in cui svolgono le funzioni, si applicano le norme concernenti lo stato giuridico ed economico dei consiglieri di Stato, ossia le norme che disciplinano i contenuti del rapporto di servizio. Ciò dimostrerebbe, ad avviso del Consiglio di Stato, che siffatta equiparazione è prevista dalla legge solo con riferimento allo status di magistrato, ma non anche in relazione alle funzioni esercitate.

In altre parole, i componenti laici sono equiparati ai consiglieri di Stato solo per quel che concerne lo stato giuridico, il regime disciplinare e il trattamento economico, ma non anche per quanto riguarda le funzioni esercitate, le quali, attenendo al rapporto organico con il CGARS, non possono che esercitarsi presso quest’ultimo.

Sicché, mentre per i consiglieri di Stato l’assegnazione al CGARS “*costituisce una vicenda modificativa inerente al rapporto di organico e di servizio*” (con il collocamento fuori ruolo e il mutamento della sede), i componenti laici hanno un vincolo di sede presso lo stesso organo di giustizia amministrativa, giustificato dall’interesse regionale che sorregge sia loro nomina, sia, di conseguenza, la costituzione del rapporto organico con il CGARS.

6. Il CGARS, una “sezione” un po’ particolare

La conclusione cui è pervenuto il Consiglio di Stato induce a riflettere su come possa il rapporto organico intercorrere solamente con il CGARS dal momento che quest’ultimo è da considerarsi una sezione, sebbene un po’ singolare, del Consiglio di Stato.

Si potrebbe sostenere, infatti, che l’Ente presso cui si incardina il rapporto non potrebbe che essere il Consiglio di Stato e non una sua sezione, la quale costituirebbe sempre un’articolazione dell’Ufficio giudiziario.

In verità, qualsiasi riflessione giuridica sulla natura del CGARS, benché debba avere quale stella polare l'art. 23 dello Statuto siciliano - che ha valore di fonte costituzionale e che prevede solamente l'istituzione di "*Sezioni regionali del Consiglio di Stato*" - non può non considerare la disciplina complementare dettata dal decreto del 2003, la quale, nonostante il superamento della previgente normativa del 1948 e le definizioni formali, sembrerebbe disciplinare il CGARS come un Ente autonomo rispetto al Consiglio di Stato. Sul punto, sono incisive le parole di F.G. Scoca, secondo cui "*Se il C.G.A. non è soltanto una espressione verbale per indicare insieme le due Sezioni, esso si erge come organismo a sé stante, distinto dal Consiglio di Stato, anche se legato a quest'ultimo per le funzioni e, in parte, per la composizione*".^[23]

È di tutta evidenza, alla luce di quanto si è avuto modo di esporre, che le sezioni del Consiglio di Giustizia non possono considerarsi al pari di sezioni "specializzate" del Consiglio di Stato, visto che non si occupano di materie diverse dalle restanti Sezioni del Consiglio di Stato, né propriamente di sezioni territorialmente "staccate", in quanto non sono semplici articolazioni territoriali, ma hanno una competenza propria ed esclusiva, a tratti persino diversa da quella del Consiglio di Stato (si pensi che, nella sua composizione consultiva, il Consiglio di Giustizia è organo di consulenza giuridico-amministrativa del Governo regionale siciliano, ed è chiamato a rendere il parere sui ricorsi straordinari al Presidente della Regione).

Non sarebbe neppure immaginabile un conflitto di competenza tra Sezioni interne del Consiglio di Stato, come invece espressamente previsto nel caso di decisioni del CGARS. All'art. 10 del decreto legislativo del 2003, infatti, al comma 1, si prevede che "*Le questioni inerenti alla competenza del Consiglio di giustizia amministrativa in sede giurisdizionale sono rilevabili anche d'ufficio*". Il comma 5, invece, devolve all'Adunanza plenaria la cognizione dei conflitti di competenza, in sede giurisdizionale, tra il Consiglio di Giustizia ed il Consiglio di Stato.

Non può inoltre trascurarsi che i consiglieri di Stato assegnati al Consiglio di Giustizia sono, per espressa previsione dell'art. 8 del D.lgs. n. 373 del 2003, collocati "*fuori ruolo*", ossia "*esercitano le loro funzioni fuori dall'Istituto al quale organicamente appartengono*".^[24]

Sotto quest'ultimo profilo bisogna, però, a onor del vero, dar conto dell'indirizzo dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato che, nel suo parere del 27 febbraio 2003, n. 1, ha specificato che, dopo la riforma del 2003, l'espressione "collocamento fuori ruolo" non riveste più un concreto significato, stante l'equiparazione tra CGARS e Consiglio di Stato.

Nondimeno, la differenza tra il Consiglio di Giustizia e le Sezioni del Consiglio di Stato emerge anche con riferimento alle differenti modalità con cui vengono assegnati i consiglieri di Stato: l'assegnazione dei consiglieri al CGARS avviene con delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 2, comma 3, del D.lgs. n. 373 del 2003, mentre l'assegnazione dei consiglieri alle Sezioni del Consiglio di Stato avviene con atto del Presidente del Consiglio di Stato a norma dell'art. 2 della legge 27 aprile 1982, n. 186.

Un'ulteriore differenza si intuisce, come si è già avuto modo di accennare, dalla composizione dell'Adunanza Plenaria e dell'Adunanza generale.

L'art. 6 c.p.a., rubricato "*Consiglio di Stato*", al comma 3, dispone che "*l'Adunanza Plenaria è composta dal presidente del Consiglio di Stato che la presiede e da dodici magistrati del Consiglio di Stato, assegnati alle sezioni giurisdizionali*", tra i quali non rientrano i magistrati del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.

Gli unici casi in cui la composizione dell'Adunanza Plenaria è integrata con due magistrati del CGARS sono quelli di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 10 del D.lgs. del 2003, ossia in caso di conflitti di competenza tra il CGARS e il Consiglio di Stato e nell'eventualità in cui il CGARS rimetta all'Adunanza Plenaria una questione di diritto che abbia dato luogo a contrasti giurisprudenziali con le sezioni del Consiglio di Stato. Lo stesso avviene con riferimento alla composizione dell'Adunanza generale ai sensi dell'art. 9 dello stesso decreto, a cui possono anche partecipare i componenti laici limitatamente agli affari della Regione siciliana, ossia rimessi dal medesimo CGARS.[25]

Dalle differenze evidenziate, tuttavia, non discende necessariamente un'antinomia tra la normativa statutaria e quella attuativa[26], dovendosi sottolineare che, come sostenuto dalla giurisprudenza costituzionale, le norme di attuazione possono anche avere un contenuto *praeter legem*, nel senso di integrare le norme statutarie, anche “*aggiungendo ad esse qualche cosa che le medesime non contenevano*”, con l'unico limite della corrispondenza alle norme e alle finalità di attuazione dello Statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale.[27]

In altre parole, le diversità tra sezioni del Consiglio di Stato e Consiglio di Giustizia, ancorché notevoli, sono legittimate dalle disposizioni normative che le prevedono, le quali, ad avviso della giurisprudenza costituzionale, non confliggono né con le disposizioni né con lo spirito dello Statuto.

7. La natura di giudici onorari dei componenti laici del CGARS

Le funzioni del componente laico, così come l'intera disciplina relativa al CGARS, sono forgiate e plasmate dall'autonomia regionale e, sotto tale profilo, risulta perfino ultroneo interrogarsi sulla natura del CGARS in termini di organo più o meno autonomo, più o meno indipendente dal Consiglio di Stato.

Quand'anche si ritenesse che il rapporto organico leghi il componente laico del CGARS direttamente al Consiglio di Stato (essendo il CGARS una sezione dello stesso), è evidente che resterebbe immutato il contenuto delle sue funzioni che, si ripete, è conformato dall'autonomia regionale, che è l'unica ragione della sua investitura.

Del resto, *mutatis mutandis*, un ragionamento non dissimile potrebbe farsi con riguardo ai componenti c.d. esperti delle Sezioni agrarie o del Tribunale regionale delle acque pubbliche, i quali, evidentemente, essendo magistrati onorari nominati per lo svolgimento di quelle specifiche funzioni, non potrebbero utilmente chiedere di essere trasferiti, rispettivamente, presso diverse sezioni del Tribunale ordinario e della Corte d'Appello o di essere considerati magistrati ordinari, proprio perché la funzione che sono chiamati ad esercitare è geneticamente differente ed è circoscritta alla specifica competenza della sezione.[28]

Lo stesso Consiglio di Stato, nella sentenza in esame, colloca la figura del componente laico del CGARS nell'alveo dei magistrati onorari, contemplati dall'art. 106 Cost., i quali, a differenza del magistrato togato o di carriera, sono selezionati non già mediante prove concorsuali finalizzate ad accertare il grado di preparazione culturale e tecnico-giuridica per svolgere la funzione giurisdizionale, bensì per i meriti acquisiti nell'esercizio nella carriera

accademica o nell'attività forense, e per l'attitudine così maturata ad assumere l'ufficio di giudice.

8. La temporaneità dell'incarico

Fatte queste precisazioni, il Consiglio di Stato si sofferma anche sulla temporaneità della carica dei membri laici del Consiglio di Giustizia - specie in raffronto a quanto avviene con i consiglieri di Stato di nomina governativa, il cui mandato non è temporaneo - e ne individua il fondamento in una scelta di politica del legislatore riconducibile alle ragioni di specialità che connotano il Consiglio di Giustizia e che è volta ad accentuare il carattere onorario dell'incarico, nel senso di renderlo rispondente a logiche di più ampia partecipazione all'ufficio degli esponenti della società civile siciliana.

Tali considerazioni, ad avviso del Consiglio di Stato, evidenziano marcatamente la differenza rispetto ai consiglieri di Stato di nomina governativa e ai consiglieri di Cassazione nominati per meriti insigni *ex lege* n. 303 del 1998, rinvenendo ciascuna di tali categorie un fondamento diverso ed eterogeneo. L'ingresso dei primi nei ranghi del Consiglio di Stato, infatti, risale alle origini storiche dell'Istituto, e si è mantenuto anche nel corso dell'evoluzione storica del Consiglio di Stato, che è considerato dalla Costituzione quale organo di consulenza giuridico-amministrativa nell'interesse dello Stato-ordinamento (art. 100) oltre che di giustizia amministrativa (art. 103).

I consiglieri di Stato di nomina governativa sono equiparati agli altri consiglieri di Stato in forza dell'art. 19 l. n. 186 del 1982, che prevede espressamente la provvista governativa dei consiglieri di Stato come una delle tre modalità di accesso a tali funzioni (unitamente alla nomina per anzianità tra i consiglieri TAR e al reclutamento per concorso pubblico).

Fondamento differente hanno, invece, i consiglieri "laici" della Corte di Cassazione, previsti dall'art. 106, comma 3, Cost., i quali possono essere nominati *per meriti insigni* al fine di consentire l'ingresso nella Suprema Corte, a supporto della giurisdizione di legittimità e della sua funzione nomofilattica, delle migliori personalità affermatesi nelle scienze giuridiche presso il mondo accademico e la professione forense (v. legge 24 agosto 1998, n. 303).^[29]

Secondo il Consiglio di Stato, seppur la previsione di componenti non togati in seno al CGARS risponda ad una logica analoga a quella dell'una e dell'altra delle categorie appena menzionate, non avviene così, invece, per la relativa disciplina normativa, non essendo assimilabili le esigenze poste a fondamento delle diverse figure di magistrati, dovendosi certamente riconoscere alla discrezionalità del legislatore la definizione dei regimi giuridici concernenti gli incarichi in argomento.

Tali considerazioni non risultano scolorite dalla recente pronuncia^[30], con cui il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'incarico di componente laico del CGARS sia equiparabile al servizio prestato quale consigliere di Stato ai fini del conferimento degli incarichi direttivi nella giustizia tributaria. A quei fini, si legge nella sentenza in commento, l'equiparazione si giustifica con l'attitudine del componente laico a ricoprire incarichi nella giustizia tributaria, la quale discende dall'investitura delle funzioni di consulenza giuridico-amministrativa e

giurisdizionali che la nomina e il servizio di magistrato amministrativo comporta, e dunque sulla base del rapporto organico con il CGARS.

Stesse argomentazioni vengono addotte con riferimento all'equiparazione del giudice onorario a quello togato, riconosciuta dalla Corte costituzionale per il rimborso delle spese di patrocinio sostenute per i giudizi di promossi nei loro confronti per fatti e atti connessi con l'espletamento delle funzioni loro attribuite.^[31]

La sentenza in commento, infine, evidenzia come non possa neppure accogliersi l'assunto difensivo in virtù del quale vi sarebbe stata una sorta di trasformazione del componente laico del CGARS da magistrato onorario a togato sulla base dei principi affermati dalla Corte costituzionale con sentenza n. 41 del 2021^[32], per comporre stabilmente i collegi del Consiglio di Giustizia. Con la sentenza testé riportata, la Corte costituzionale ha infatti affermato l'incostituzionalità delle norme che prevedono la composizione dei collegi delle Corti d'appello con magistrati onorari per contrasto con l'art. 106, comma 2, Cost., che, derogando al principio del pubblico concorso, accorda la nomina di magistrati onorari "*per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli*" e, quindi, per gli affari di minor valore e complessità e solo in primo grado.

Secondo il Consiglio di Stato, l'anzidetta dichiarazione di incostituzionalità si fonda su un parametro normativo - l'art. 106, comma 2, Cost. - che non rileva nella fattispecie in esame, giacché la presenza dei componenti laici del Consiglio di Giustizia Amministrativa si giustifica in forza di una disposizione costituzionale diversa, e cioè dell'art. 23 dello Statuto della Regione Siciliana.

Dopo aver fatto queste considerazioni, il Consiglio di Stato ritiene, infine, manifestamente infondate le questioni di illegittimità costituzionale degli artt. 6 e 7 D.lgs. n. 373 del 2003 prospettate dall'appellante, poiché le caratteristiche dell'incarico di componente laico del CGARS sono state definite dal decreto del 2003 che, avendo attuato la previsione dell'art. 23 dello Statuto speciale della Regione Siciliana, ne avrebbe mutuato il rango normativo, equiparato alla Costituzione, rendendo così non configurabile un rapporto di gerarchia tra fonti normative.

Il Consiglio di Stato, dunque, afferma che le disposizioni attuative dello Statuto speciale abbiano anch'esse il valore di norme costituzionali e, a sostegno di tale conclusione, riporta la sentenza della Corte costituzionale del 4 novembre 2004, n. 316.

La collocazione delle norme attuative degli Statuti regionali nella gerarchia delle fonti del diritto meriterebbe sicuramente una trattazione separata^[33]. Basti pertanto rilevare che, con riferimento alle norme di attuazione dello Statuto siciliano, la sentenza costituzionale da ultimo citata, ricordando i precedenti della Corte, tiene a specificare che esse hanno rango primario e, dovendosi considerare quali fonti a competenza "*riservata e separata*" rispetto a quella esercitabile dalle leggi ordinarie, possono finanche introdurre una disciplina particolare ed innovativa, a condizione però di rispettare il limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello Statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale.^[34]

Di rango primario, con riferimento alle norme di attuazione dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, ha parlato anche il Consiglio di Stato quando ha ritenuto di potersi

pronunciare su una domanda cautelare urgente anche senza la partecipazione al collegio del consigliere di Stato di lingua tedesca.[35]

9. L'indipendenza del componente laico

Sempre alla Corte costituzionale guarda il Consiglio di Stato nel rispondere all'ulteriore censura dell'appellante con specifico riguardo alla supposta mancanza di indipendenza del componente laico del CGARS che deriverebbe dalla temporaneità dell'incarico.

Il Consiglio di Stato fa notare, infatti, che l'assunto per cui un giudice "a tempo" non sarebbe un giudice indipendente si scontra inevitabilmente con quanto ricavabile dalle disposizioni costituzionali concernenti la Corte costituzionale, i cui componenti durano in carica nove anni, senza possibilità di rinnovo e, ciononostante, sono destinatari ai sensi dell'art. 137, comma 1, Cost., di garanzie di indipendenza, poi specificate dalla legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 (recante "Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale").

A ciò deve aggiungersi che la Corte costituzionale, nella già citata sentenza n. 316 del 2004, che a sua volta richiama i principi espressi nella sentenza n. 25 del 1976, ha affermato che il carattere temporaneo del mandato dei membri del Consiglio di Giustizia Amministrativa non contrasta, di per sé, con i principi costituzionali che garantiscono l'indipendenza e con essa l'imparzialità dei giudici, dal momento che a tali fini "non appare necessaria una inamovibilità assoluta", specialmente per i membri "laici", i quali "ben possono essere nominati per un determinato e congruo periodo di tempo". L'indipendenza, ritiene la Corte costituzionale, potrebbe invece ritenersi messa in pericolo ove si prevedesse la possibilità di una riconferma del mandato: eventualità espressamente esclusa dal comma 4 dell'art. 6 del D.lgs. n. 373 del 2003.

10. Il ruolo dei componenti laici alla luce del diritto eurounitario

Analoghe considerazioni portano il Consiglio di Stato a rigettare anche la censura sulla conformità al diritto eurounitario della durata temporanea dell'incarico di componente laico del Consiglio di Giustizia Amministrativa. Più specificamente, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, sotto tale profilo, non vi sia alcuna violazione della direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 (relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato), che l'appellante riteneva applicabile anche ai magistrati onorari, secondo quanto stabilito dalla Corte di giustizia UE con sentenza 6 luglio 2020 (C-658/18).[36]

Il Consiglio di Stato, infatti, ha avvedutamente affermato che "quand'anche si voglia ritenere la direttiva applicabile ai soggetti investiti di funzioni giurisdizionali di ultima istanza, secondo il principio "partecipativo" enunciato dall'art. 106, comma 3, Cost. - cosa che spetta al Paese membro stabilire (cfr. in questo senso: Corte di giustizia UE, sentenza 1° marzo 2012, C-393/10) - va in ogni caso premesso che in base all'art. 4, comma 1, dell'accordo recepito dalla medesima direttiva «i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive»".

Ciò chiarito, per quanto riguarda il regime giuridico ed economico l'equiparazione del componente laico al consigliere di Stato esclude innanzitutto l'esistenza di un trattamento deteriore.

Il contrasto con il diritto eurounitario non si ha neppure con riguardo alla temporaneità dell'incarico e al vincolo di permanenza presso l'organo giurisdizionale siciliano, poiché tali scelte legislative, per le ragioni che si è avuto modo di esporre, sono giustificate dalla specialità della Regione Siciliana e dall'autonomia di cui gode, rintracciando il proprio fondamento in norme di natura costituzionale che concretizzano le scelte di carattere fondamentale concernenti l'assetto dei rapporti tra governo nazionale e autonomia regionale speciale nella ripartizione ed organizzazione dei poteri e delle funzioni tra i due soggetti istituzionali interni, rispetto alle quali il diritto eurounitario è estraneo.

[1] Si v. F. Renda, *I caratteri speciali di uno statuto speciale. Considerazioni sulle origini e la natura dell'autonomia siciliana*, in Aa.Vv., *L'autonomia regionale siciliana tra regole e storia*, Palermo, 1993, 331 ss..

[2] Sconfinata è la bibliografia sulla storia della Sicilia. Sui temi accennati, tra i tanti, si v. G. Barone (a cura di), *Storia mondiale della Sicilia*, 2018, Bari-Roma; E. Pelleriti, *1812-1848. La Sicilia fra due costituzioni*, Milano, 2000; R. Menighetti e F. Nicastro, *Storia della Sicilia autonoma (1947-1996)*, Caltanissetta, 1998; M.I. Finley, D. Mack Smith e C. Duggan, *Breve storia della Sicilia*, 1990, Bari-Roma; S. Runciman, *I Vespri siciliani*, Bari, 1971.

[3] I lavori preparatori dello Statuto siciliano sono stati pubblicati dall'Assemblea Regionale Siciliana in *Consulta Regionale Siciliana*, Palermo, Edizioni della Regione Siciliana, vol. I e II, 1975, vol. III e IV, 1976, consultabili anche all'indirizzo <https://www.ars.sicilia.it/studi-e-pubblicazioni>. Sullo Statuto siciliano v. G. Salemi, *Lo Statuto della Regione siciliana (I lavori preparatori)*, Padova, 1961; T. Martines, *Lo Statuto siciliano oggi*, in *Le Regioni*, 1983, 895 ss.; C. Tramontana, *Le origini dell'autonomia regionale e la genesi dello Statuto Siciliano*, in A. Ruggeri-G. Verde (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, Torino 2012, 8 ss.; G. Armao, M. Saija (a cura di), *Settant'anni di autonomia siciliana*, Soveria Mannelli, 2016.

[4] S. Pajno, *L'incerto futuro dell'autonomia speciale siciliana*, in *Osservatorio AIC*, 2015, 1, che, nel delineare il percorso verso l'autonomismo siciliano, ricorda l'importante contributo offerto da Franco Restivo.

[5] Per uno studio dedicato si v. S. Di Bella (a cura di), *Il coordinamento dello Statuto siciliano con la Costituzione. Nuovi atti e documenti*, in *I Quaderni dell'ARS*, 2011, 3.

[6] Lo Statuto siciliano affidava all'Alta Corte il compito di giudicare: a) sulla costituzionalità delle leggi emanate dall'Assemblea regionale; b) sulla costituzionalità delle leggi e dei regolamenti emanati dallo Stato, rispetto allo Statuto ed ai fini della efficacia dei medesimi entro la Regione; nonché c) sui reati del Presidente della Regione e degli Assessori commessi nell'esercizio delle funzioni. La Corte aveva sede a Roma ed era composta da sei membri e due supplenti, nominati in pari numero dalle Assemblee legislative dello Stato e della Regione, e da un Presidente e da un Procuratore generale nominati dalla stessa Corte.

[7] Il testo della sentenza dell'Alta Corte per la Regione Siciliana, 10 luglio 1948, n. 4 è reperibile all'indirizzo <https://www.giurcost.org/decisioni/trVII/AltaCorte/0004-48.html>.

[8] Con particolare riferimento alla giustizia amministrativa, si rimanda all'opera di S. Raimondi, *L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia*, Milano, 2009.

[9] Con l'entrata in funzione della Corte Costituzionale nel 1956 vi fu la compresenza di due giudici costituzionali nel territorio nazionale e, con la celebre sentenza n. 38 del 1957, la Corte Costituzionale, pur non dichiarando l'illegittimità costituzionale delle norme statutarie, affermò il *principio di unità della giurisdizione costituzionale*, ponendo così fine all'esperienza dell'Alta Corte.

Per una ricostruzione più dettagliata si v. A. Simoncini, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giur. cost.*, 2004, 4, 3066 ss.. Sull'Alta Corte si rimanda a M.S. Giannini, *Corte Costituzionale e Alta Corte per la regione siciliana*, in *Giur. cost.*, 1956, 1234 ss.; P. Virga, *Alta Corte per la Regione Siciliana*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 83 ss.; A.M. Sandulli, *Sulla discriminazione delle competenze tra Corte costituzionale e Alta corte per la Regione siciliana*, in *Foro it.*, 1956, IV, 49 ss.; C. Mortati, *L'Alta corte per la Sicilia nella Repubblica italiana «una e indivisibile»*, in *Foro it.*, 1956, IV, 185 ss..

[10] Così S. Raimondi, *Il modello siciliano della giustizia amministrativa nell'esperienza del foro*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 332 s..

[11] Dopo l'Unità d'Italia si scelse di mantenere le Corti di Cassazione degli Stati preunitari, fu così che coesistero le Corti di Cassazione di Torino, Firenze, Napoli e Palermo, alle quali venne aggiunta nel 1875 la Corte di Cassazione di Roma. Quest'ultima, a partire dal 1888 (l. 6 dicembre 1888), divenne l'unica nel territorio nazionale per i giudizi penali, e poi, con il r.d. 24 marzo 1923, n. 601, anche per quelli civili.

Sull'unificazione della Cassazione si v. G.F. Ricci, *Il giudizio civile di Cassazione*, II ed., Torino, 2016, 23 ss.; M. Pisani, *La «unificazione» della Cassazione in materia penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 6, 1338 ss..

[12] Cons. St., Ad. gen., 11 luglio 1946, n. 78, in *Relazione del Presidente del Consiglio di Stato al Presidente del Consiglio dei Ministri per gli anni dal 1941 al 1946*, I, 41.

[13] S. Raimondi, *Il modello siciliano della giustizia amministrativa*, cit., 334 s., il quale rammenta che, nel discorso di insediamento a Presidente del Consiglio di Stato, F. Rocco parlò di “grido di allarme” e di “smembramento della giustizia”, nonché di “un pernicioso attentato all'unità della sovranità dello Stato, di cui la giustizia è gelosa espressione”. Il discorso è pubblicato in *Foro it.*, 1948, IV, 54. Si v. in proposito anche S. De Fina, *Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 227, secondo cui, invece, il semplice decentramento delle sezioni avrebbe salvaguardato meglio l'unità dell'organo, rispetto alla creazione di un organo separato.

[14] Oggi abrogato e sostituito dal D.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 recante “Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato”.

[15] Sul Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana si rinvia ai lavori di E. Cannada Bartoli, *In tema di giurisdizioni speciali e di Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, in *Foro amm.*, 1957, 1, 264 ss.; Id., *Tre giudici per la trinacria*, in *Foro amm.*, 1974, 1, 27 ss.; R. Chieppa, *Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988; C. Criscenti, *Le norme speciali per Regione Sicilia, Trentino Alto Adige e Valle d'Aosta*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2014, 78 ss.; S. De Fina, *Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 227 ss.; B. Delfino, *Il nuovo Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, in *Cons. Stato*, 2004, 2, 301; M. S. Giannini, *Il tribunale regionale amministrativo della Sicilia feliciter restitutum*, in *Giur. cost.*, 1975, 2, 1071; F. Mazzarella, *L'art. 3 della Costituzione e la disciplina processuale amministrativa differenziata in Sicilia*, in *Foro it.*, 1973, V, 177 ss.; F. Merusi, *Sicilia: giustizia amministrativa transitoria in attesa del “giudice legislatore”*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 459; S. Raimondi, *Il salvataggio del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana*, nota a Corte Cost. 4 novembre 2004, n. 316, in *www.giustamm.it*, 2004; Id., *L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia. Privilegio e condanna*, Milano, 2009; F. G. Scoca, *Specialità e anomalie del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1, 20 ss..

[16] Corte Cost., 4 novembre 2004, n. 316, in *Foro it.*, 2005, IV, I, 985.

[17] Tale principio era stato già affermato dalla Corte con la sentenza n. 25 del 1976.

[18] Nel numero di tre per la sezione consultiva, compreso il presidente della sezione, e di sei per la sezione giurisdizionale compreso il presidente del CGARS e il presidente della sezione.

[19] Si tratta dei professori ordinari di università in materie giuridiche e degli avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori.

[20] Ossia, oltre alle categorie di cui alla nota che precede, i dirigenti generali od equiparati dei Ministeri, degli organi costituzionali e delle altre amministrazioni pubbliche, nonché i magistrati con qualifica non inferiore a quella di magistrato di Corte d'appello o equiparata.

[21] Sul punto, per un'analisi più approfondita di tali problematiche, anche con riguardo ai giudizi di appello avverso le pronunce del TRGA della Provincia di Bolzano, si v. M.A. Sandulli, *Laici nominati in ritardo: la politica blocca la giustizia amministrativa*, in *Il Dubbio*, 5 settembre 2021.

[22] A norma dell'art. 7 del D.lgs. n. 373 del 2003 “*Ai componenti del Consiglio di giustizia amministrativa designati dal Presidente della Regione ed al prefetto, durante il periodo di durata in carica, si applicano le norme concernenti lo stato giuridico e il regime disciplinare dei magistrati del Consiglio di Stato. Ad essi è corrisposto, all'inizio del sessennio, il trattamento economico corrispondente al trattamento iniziale spettante ai magistrati del Consiglio di Stato, ove più favorevole del loro trattamento economico originario. I componenti designati dal Presidente della Regione, che siano titolari di un rapporto di lavoro subordinato, hanno diritto alla conservazione del posto, senza assegni. Le disposizioni dell'articolo 31, secondo e terzo comma, della legge 27 aprile 1982, n. 186, riguardanti i poteri di vigilanza, si applicano nei confronti di tutti i membri del Consiglio di giustizia amministrativa e dei relativi uffici?*”.

[23] F.G. Scoca, *Specialità e anomalie del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana*, cit., 20 s..

[24] Così sempre F. G. Scoca, *Specialità e anomalie*, cit., 21.

[25] Si veda la delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa del 4 novembre 2005.

[26] La Corte costituzionale ha sempre rigettato le questioni di legittimità costituzionale relative all'istituzione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, si v. Corte Cost., 22 gennaio 1976, n. 25, nonché la già citata Corte cost., 4 novembre 2004, n. 316.

[27] Cfr. Corte cost., 18 luglio 1984, n. 212.

[28] Un ulteriore elemento di sintonia con quanto previsto per il Consiglio di Giustizia lo si rintraccia se si considera che le questioni relative ai rapporti tra il Tribunale in composizione ordinaria e la sezione specializzata agraria sono questioni di competenza e non di ripartizione degli affari all'interno del medesimo ufficio (v., *ex multis*, Cass., Sez. VI, 26 luglio 2010, n. 17502, e Cass., Sez. VI, 21 maggio 2015, n. 10508). Per la competenza del Tribunale regionale per le acque pubbliche v. Cass., Sez. VI, 22 febbraio 2012, n. 2656. Sul Tribunale per le acque pubbliche si rinvia allo studio di F. De Stefano, *Il ruolo dei Tribunali delle Acque pubbliche*, in questa *Rivista*, 25 settembre 2019.

[29] Sul tema si v. F. Cipriani, *La chiamata in Cassazione per meriti insigni (appunto per la bicamerale)*, in *Foro it.*, 1997, II, 57 ss.; M. Pisani, *I meriti insigni (art. 106, 3° comma Cost.) per la nomina dei laici in cassazione*, in *Foro it.*, 1999, 74 ss..

[30] Cons. St., Sez. IV, 24 marzo 2020, n. 2045.

[31] Corte cost., 9 dicembre 2020, n. 267.

[32] Corte cost., 17 marzo 2021, n. 41, in *Giur. cost.*, 2021, 2, 513.

[33] Si ricordi il fondamentale insegnamento di A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 36 s., secondo cui i decreti legislativi emanati per attuare gli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale operano ad un livello ultraprimary sicché non solo le leggi regionali, ma anche quelle statali sono tenute a prestarvi osservanza. Dunque, nell'ambito della loro competenza “*si collocano, nella gerarchia delle fonti, a un livello (subcostituzionale, sì, ma) più alto rispetto agli atti legislativi appena nominati?*”.

[34] I precedenti a cui la sentenza fa riferimento sono: Corte cost., 18 luglio 1984, n. 212; 23 maggio 1985, n. 160; 26 febbraio 1990, n. 85; 19 giugno 1998, n. 213; 23 aprile 1998, n. 137 e 7 novembre 2001, n. 353.

[35] Cons. St., 10 settembre 2021, n. 4872.

[36] Per un commento si v. C. Pesce, *Il giudice di pace italiano al vaglio della Corte di giustizia UE. Nota a sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 16 luglio 2020, causa C-658/18, Governo della Repubblica italiana*, in *Eurojus*, 2020, 2, 300 ss..

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2558 – 1 dicembre 2022

Promozione dell'energia rinnovabile e tutela del patrimonio culturale: verso l'integrazione delle tutele (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167)

di Antonio Persico

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La vicenda contenziosa. – 3. Sul bilanciamento degli interessi primari. 4. – La violazione del principio di proporzionalità. 5. Lo sviluppo sostenibile attraverso l'integrazione delle tutele. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 8167 del 23 settembre 2022, ha sindacato gli atti con cui il Ministero della Cultura ha imposto prescrizioni di tutela indiretta ai sensi dell'art. 45 del Codice dei beni culturali e del paesaggio su aree nelle quali era già stata autorizzata la realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonte eolica. Interessante osservare come la scelta discrezionale dell'amministrazione preposta alla tutela del patrimonio culturale sia stata censurata, da un lato, per il mancato superamento dell'ultimo gradino del test di proporzionalità, e dall'altro, per il mancato rispetto del principio di integrazione delle tutele, funzionale al perseguimento dello sviluppo sostenibile.

2. La vicenda contenziosa.

La società ricorrente in primo grado, nonché appellante incidentale, aveva ottenuto due autorizzazioni uniche ai sensi dell'art. 12 del decreto legislativo n. 387 del 2003, per la

realizzazione di pale eoliche in due distinte località. Nelle conferenze di servizi tenutesi nell'ambito dei procedimenti autorizzativi, la Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici del Molise aveva espresso il proprio parere negativo alla realizzazione degli impianti, adducendo la presenza di beni culturali e paesaggistici in aree limitrofe e la necessità di scongiurare interferenze visive. Una volta rilasciate le autorizzazioni, la Soprintendenza avviava due distinti procedimenti di dichiarazione di interesse culturale particolarmente importante ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, i quali culminavano nella dichiarazione, da parte della Direzione ministeriale competente, dell'interesse culturale di due sistemi di croci votive e viarie, ai sensi degli artt. 10, commi 1 e 3, lettera a) e 13 del d.lgs. n. 42 del 2004, con contestuale individuazione delle aree territoriali da assoggettare a tutela indiretta, ai sensi degli articoli 45, 46 e 47 del medesimo decreto. Sennonché, tra le aree sottoposte a tutela indiretta ricadevano anche quelle interessate dalla realizzazione degli impianti eolici autorizzati. In particolare, i provvedimenti del Ministero, in ragione dell'«*esigenza di evitare che siano alterate le condizioni di contesto ambientale e di decoro, nonché di prospettiva e visuale, delle croci votive e viarie sottoposte a tutela, oltre che di scongiurare rischi all'integrità di ciascuno dei manufatti*», imponevano prescrizioni particolarmente stringenti, che proibivano «*la trasformazione, sia a carattere permanente che temporaneo, dell'aspetto esteriore dei luoghi ricompresi nell'ambito del vincolo indiretto*», nello specifico vietando «*l'apertura di cave, la posa in opera di condotte per impianti industriali e civili, la realizzazione di palificazioni*».

In prime cure, il TAR adito annullava i provvedimenti ministeriali, ritenendoli viziati per difetto di istruttoria e motivazione, in quanto fondati su una superficiale ricostruzione dell'interesse storico-culturale oggetto di tutela, in mancanza di un «*preciso richiamo a contributi specialistici e studi capaci di dare obbiettiva e verificabile sostanza alle valutazioni proprie dell'Amministrazione*»[1]. Di contro, in accoglimento dell'appello principale proposto dal Ministero, il Consiglio di Stato nella pronuncia in commento ritiene immuni da censure le valutazioni tecnico-discrezionali dell'amministrazione preposta alla tutela del patrimonio culturale, la quale, in presenza di un apparato bibliografico ridotto, ha correttamente proceduto in modo diretto allo studio dei beni in questione. Sorge così l'interesse all'esame dell'appello incidentale, che si appunta, tra l'altro, sulle menzionate prescrizioni di tutela indiretta, censurandone l'abnorme sproporzione, indice di sviamento della funzione.

3. Sul bilanciamento degli interessi primari.

È innanzitutto meritevole di segnalazione la chiosa introduttiva al ragionamento condotto dalla Sesta Sezione circa l'illegittimità delle prescrizioni di tutela indiretta. Si tratta di una sorta di premessa logico-giuridica allo scrutinio di proporzionalità e all'applicazione del principio di integrazione, che chiarifica, alla luce dell'interpretazione costituzionale, tanto la valenza assiologica degli interessi in campo, quanto il rapporto tra i medesimi[2]. Orbene, il Consiglio di Stato prende atto che sia la tutela del patrimonio culturale sia quella dell'ambiente, in potenziale conflitto nelle fattispecie attenzionate, costituiscono valori primari dell'ordinamento. Tale qualificazione risulta coerente con la giurisprudenza costituzionale che da tempo ha affermato il carattere primario del valore estetico-culturale protetto dall'art. 9 Cost.[3], nonché la valenza primaria e assoluta del bene ambiente, ricavato dalla lettura sistematica degli articoli 9 e 32[4] ben prima della sua positivizzazione ad opera della riforma costituzionale del 2022[5].

Il punto cruciale, evidentemente, riguarda il confronto dei valori primari con altri diritti o interessi costituzionalmente protetti, nonché con gli altri valori primari protetti dalla Costituzione. Al riguardo, la pronuncia in commento riprende le asserzioni della nota sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013 sul caso ILVA, la quale a sua volta ha dato continuità a un orientamento giurisprudenziale risalente, quantomeno, alla sentenza n. 196/2004, in tema di condono edilizio.

Com'è noto, in una datata pronuncia, la Corte costituzionale aveva fatto discendere dal carattere di primarietà riconosciuta a determinati valori, l'insuscettibilità di subordinazione a ogni altro valore costituzionalmente tutelato[6]. Secondo una certa interpretazione di tale affermazione, la primarietà riconosciuta a un determinato valore costituzionalmente protetto implicherebbe un posizionamento gerarchico prioritario del medesimo, con necessaria e indefettibile prevalenza dello stesso su ogni altro valore sottordinato. In questo senso, l'insuscettibilità di subordinazione consisterebbe nella sottrazione ai bilanciamenti con interessi contrapposti cui è generalmente chiamato il legislatore ordinario. Un altro argomento a favore di una simile ricostruzione potrebbe peraltro provenire dall'impiego del termine "assoluto", riferito anche di recente dalla giurisprudenza costituzionale a valori preminenti dell'ordinamento come quelli paesaggistici e ambientali[7]. L'etimologia latina dell'aggettivo (*ab-solutus*, sciolto da vincoli/legami) potrebbe condurre a ritenere che i valori in questione siano sottratti da ogni forma di confronto con gli altri interessi protetti dall'ordinamento, dovendo necessariamente e per l'intero prevalere su questi ultimi.

Tuttavia, la lettura gerarchica del rapporto tra valori costituzionalmente protetti è apparsa sin da subito troppo rigida, in quanto imporrebbe l'aprioristico e radicale sacrificio di altre esigenze costituzionalmente tutelate, in spregio al disegno pluralista tracciato dalla Costituzione repubblicana[8].

Inoltre, detta visione condurrebbe a una fatale impasse allorché a fronteggiarsi siano degli interessi primari, come appunto nella vicenda scrutinata dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento, dove da un lato si stagliava l'interesse alla protezione del patrimonio culturale, dall'altro un blocco di interessi saldati tra loro e comprensivo dell'interesse alla salvaguardia dell'ambiente e alla promozione delle energie rinnovabili[9], oltre alle ragioni legate allo svolgimento di attività imprenditoriali (peraltro già autorizzate).

Invero, già nella sentenza n. 53 del 1991 la Corte ha riconosciuto piena cittadinanza a un «*principio di gradualità nell'attuazione della tutela ambientale in ragione del complesso bilanciamento dei numerosi e contrastanti interessi in gioco*», necessario a salvaguardare la continuità delle attività produttive dall'incremento degli oneri economici che deriverebbero dall'obbligo di utilizzare tecnologie non ancora disponibili sul mercato per minimizzare le emissioni inquinanti industriali. È tuttavia nella sentenza n. 196 del 2004 che i giudici della Consulta hanno chiarito espressamente le implicazioni dell'insuscettibilità dei valori primari di essere subordinati ad altri valori: la Corte costituzionale nel 2004 ha negato che l'affermazione della primarietà di un interesse implichi «*un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali*»; la conseguenza di un simile riferimento assiologico è piuttosto la necessità che gli interessi primari che assurgono a valori costituzionali siano «*sempre [...] presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni*».

La sentenza n. 85/2013, richiamata dal Consiglio di Stato nella pronuncia in commento, ha a sua volta chiarito, in linea di continuità con la sentenza n. 196 del 2004, che la qualificazione

come “primari” di taluni valori *«significa che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto»*. Inoltre, nel 2013, i giudici costituzionali hanno avuto modo di affermare in riferimento ai bilanciamenti involgenti suddetti valori, che spetta al legislatore trovare *«il punto di equilibrio [...] secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»*. Celebre è infine il passaggio che afferma che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca, abbisognando di una tutela sistemica, pena *«l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette»*.

Ora, è da notare che diversamente dalla sentenza del 2004, la sentenza del 2013 si riferisce, nell'ultimo passaggio cennato, ai “diritti fondamentali” e dunque a posizioni giuridiche aventi carattere di diritto soggettivo, mentre per quanto concerne i valori primari, essa allude ai soli bilanciamenti cui è chiamato il legislatore ordinario, esigendo in ogni caso la salvaguardia del nucleo essenziale di ridetti valori. Quanto al primo aspetto segnalato, occorre tenere presente che la Corte costituzionale, con sentenza n. 58 del 2018, ha trasposto il ragionamento condotto dalla sentenza n. 85/2013 con riguardo ai diritti fondamentali al bilanciamento tra valori costituzionalmente protetti, ritenendo che possa definirsi ragionevole ed equilibrato suddetto bilanciamento allorché risponda *«a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati»*.

Tornando alla pronuncia in commento, il Consiglio di Stato fa propri gli approdi della giurisprudenza costituzionale e li applica alle valutazioni discrezionali compiute dall'amministrazione. In tal senso afferma che *«Così come per i ‘diritti’ (sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013), anche per gli ‘interessi’ di rango costituzionale [...] va ribadito che a nessuno di essi la Carta garantisce una prevalenza assoluta sugli altri»*. Data la necessaria integrazione reciproca di tutti gli interessi costituzionali, la pronuncia predica la necessità di una loro tutela sistemica, fermo restando che il carattere assiologico primario della tutela del patrimonio culturale e dell'ambiente implica che simili valori non siano interamente sacrificabili al cospetto di altri interessi e che i medesimi debbano necessariamente essere presi in considerazione nei complessi processi decisionali pubblici. Il Consiglio di Stato a sua volta aggiunge qualcosa rispetto alla sentenza n.85/2013, estendendo il ragionamento in quella sede condotto anche al bilanciamento tra interessi contrapposti cui è chiamata l'amministrazione. In tal senso si arricchisce la citazione alla sentenza n. 85/2013 con un inedito riferimento alle valutazioni che l'amministrazione deve compiere in sede procedimentale: *«Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato – dal legislatore nella statuzione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo – secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza»*. L'esigenza di trovare ragionevoli e proporzionati punti di equilibrio tra interessi costituzionali confliggenti si avverte peraltro *«vieppiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi»*.

Su una simile aggiunta, tuttavia, può risultare utile una puntualizzazione. Il Consiglio di Stato, pur senza esplicitarlo, sembra riferirsi all'esercizio della discrezionalità amministrativa, qual è quella che impiega l'amministrazione preposta alla tutela dei beni culturali e paesaggistici nel dettare le prescrizioni di tutela indiretta^[10]. Più controverso è stabilire se la logica della necessaria considerazione e della salvaguardia del nucleo essenziale dei valori non assegnati alla cura principale dell'amministrazione vada seguita anche in caso di discrezionalità tecnica.

Sul punto viene in rilievo l'orientamento giurisprudenziale che, evidenziando come nelle valutazioni tecnico-discrezionali non sia richiesto all'amministrazione un bilanciamento tra interessi contrapposti, ammette in esito all'esercizio della discrezionalità tecnica il sacrificio integrale degli interessi non direttamente curati dall'amministrazione, quand'anche essi fossero di rilievo assiologico primario^[11]. Tuttavia, in senso contrario, la sentenza del TAR Molise, Sez. I, 27 ottobre 2022, n. 392^[12], richiamando testualmente la pronuncia del Consiglio di Stato in commento, ha predicato per la Soprintendenza, in sede di rilascio del parere ai fini dell'autorizzazione paesaggistica, la necessità di effettuare, nel rispetto del principio dell'integrazione delle tutele (su cui si veda infra, *par.* 5), una valutazione tanto «*del conflitto fra gli interessi contrapposti, di rilevanza costituzionale ed equiordinata, e da coordinare in base al metodo dell'integrazione*», quanto «*della possibilità di comporlo con accorgimenti idonei a realizzare il loro equo contemperamento sulla base dei principi di proporzionalità e ragionevolezza*».

4. La violazione del principio di proporzionalità.

A questo punto, il Consiglio di Stato è pronto a effettuare lo scrutinio di proporzionalità sul bilanciamento di interessi condotto dall'amministrazione ministeriale. Appare netta, agli occhi della sezione, l'individuazione e differenziazione dei tre step di cui si compone il test di proporzionalità (idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto). Lo scrutinio infatti, segue il modello trifasico, proprio dell'elaborazione giurisprudenziale tedesca^[13], così discostandosi la sentenza tanto dal filone di giurisprudenza amministrativa nazionale che limita lo scrutinio di proporzionalità a un sindacato di idoneità e necessità, quanto dal filone che tende a sovrapporre lo scrutinio di proporzionalità con quello di ragionevolezza^[14].

Nel caso di specie, a risultare violato è «*L'ultimo gradino del test di proporzionalità*», il quale «*implica che una misura adottata dai pubblici poteri non debba mai essere tale da gravare in maniera eccessiva sul titolare dell'interesse contrapposto, così da risultargli un peso intollerabile*». La proporzionalità in senso stretto non risulta rispettata in quanto, tenuto conto dell'obiettivo perseguito dalla Soprintendenza – la tutela culturale delle croci votive, ovvero di beni visibili soltanto a pochi metri di distanza, e rispetto alla cui visione non può in alcun modo interferire l'eventuale realizzazione di altri manufatti lontani di centinaia di metri – il mezzo utilizzato appare eccessivo, determinando «*il radicale svuotamento delle possibilità d'uso alternativo del territorio*».

È, quella compiuta dalla Sesta Sezione, una scelta “coraggiosa” poiché, come segnala la dottrina, il sindacato sul terzo gradino della proporzionalità avvicina il sindacato di legalità a un controllo sostanzialmente di merito sull'azione amministrativa^[15]. E tuttavia, pur sempre di un controllo di diritto si tratta, visto il carattere giuridico del principio di proporzionalità. La Sezione ritiene di procedere in questa direzione probabilmente per l'avvertita indifferibilità e urgenza della transizione ecologica: essa in tal senso richiama l'indirizzo politico europeo e quello nazionale, che si connotano per il sicuro *favor* verso la diffusione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili.

Peraltro, a discapito dell'affermazione per cui il nucleo essenziale di un interesse primario debba essere sempre preservato, la sentenza in commento sembra confermare la possibilità per l'amministrazione di sacrificare del tutto un interesse anche primario sul versante assiologico. Nel ritenere la violazione del principio di proporzionalità, la Sesta Sezione precisa

che «L'interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale non ha, nel caso concreto, il peso e l'urgenza per sacrificare interamente l'interesse ambientale indifferibile della transizione ecologica, la quale comporta la trasformazione del sistema produttivo in un modello più sostenibile che renda meno dannosi per l'ambiente la produzione di energia, la produzione industriale e, in generale, lo stile di vita delle persone». Si tratta quindi, a giudizio del Consiglio di Stato, di un'evenienza del caso concreto, quella per cui non si debba avere il sacrificio integrale dell'interesse ambientale. Nulla esclude, anzi a contrario risulta confermato, che in diversa fattispecie l'interesse ambientale possa essere del tutto recessivo. Si ricorda a tal proposito che la sentenza n. 196/2004 della Corte costituzionale, riferendosi (anche) alle decisioni cui sono chiamate le amministrazioni, si limitava a richiedere la necessaria considerazione degli interessi primari in sede di bilanciamento.

5. Lo sviluppo sostenibile attraverso l'integrazione delle tutele.

La pronuncia, come accennato, si segnala anche per il ricorso al principio dell'integrazione delle tutele. Si tratta di un principio recentemente invocato dalla dottrina a garanzia della migliore soddisfazione delle istanze di protezione ambientale^[16], il quale però non ha sino a questo momento trovato emersione nelle decisioni del giudice amministrativo^[17].

Tale principio è cristallizzato nell'art. 11 TFUE, il quale si riferisce alle politiche e azioni dell'Unione: nella definizione e attuazione di esse, è necessario integrare considerazioni connesse alle esigenze di tutela ambientale, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. *Mutatis, mutandis*, il Consiglio di Stato ritiene che il principio vada rispettato anche dalle amministrazioni nazionali, nello specifico nell'adozione delle decisioni volte a tutelare il patrimonio culturale.

Il principio dell'integrazione delle tutele può essere visto come declinazione operativa del principio di sviluppo sostenibile, altrove invocato dalla giurisprudenza senza chiarirne il contenuto e le implicazioni giuridiche^[18]. Sviluppo sostenibile del quale la dottrina ha evidenziato l'indeterminatezza o vaghezza contenutistica, la debolezza logica e assiologica^[19], ovvero il carattere non radicalmente innovativo rispetto agli altri principi ordinamentali^[20]: in definitiva, l'indoneità a fungere da parametro autonomo di legittimità dell'azione amministrativa.

Peraltro, la trasposizione interna del principio di sviluppo sostenibile, a opera dell'art. 3-quater del d.lgs. n. 152 del 2006, risulta alquanto problematica: a partire dai profili stilistici (mal si addice a un enunciato normativo la formula giustificativa con cui inizia il comma 3) passando a quelli contenutistici (il medesimo comma 3 richiede di individuare un equilibrato rapporto tra risorse da risparmiare e quelle da trasmettere, senonché, le risorse risparmiate sono le stesse che verranno trasmesse alle generazioni future). Con specifico riguardo all'esercizio della discrezionalità amministrativa, il comma 2 dell'articolo 3-quater, prescrive: «nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione»: una simile formulazione sembra riproporre il tema del bilanciamento tra interessi primari, senza tuttavia nulla aggiungere alle già ricordate implicazioni del carattere primario riconosciuto agli interessi in questione, anzi preannunciando una situazione di impasse allorché siano proprio gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale a fronteggiarsi. A sua volta il comma 1 prescrive che ogni attività umana debba conformarsi al principio dello

sviluppo sostenibile, mentre il comma 4 precisa che la risoluzione delle questioni che involgono aspetti ambientali debba essere cercata e trovata nella prospettiva di garanzia dello sviluppo sostenibile, in modo da salvaguardare il corretto funzionamento e l'evoluzione degli ecosistemi naturali dalle modificazioni negative che possono essere prodotte dalle attività umane. Orbene, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, pur prendendo atto della “formulazione ellittica” dell’art. 3-quater, riconosce in detto articolo il recepimento sostanziale del principio d’integrazione delle tutele, nella specie violato dall’amministrazione preposta alla cura del patrimonio culturale.

Orbene, il principio di integrazione consente il perseguimento dello sviluppo sostenibile e ne costituisce declinazione operativa nella misura in cui fornisce una «*direttiva di metodo*», volta a orientare la discrezionalità della pubblica amministrazione, la quale deve abbandonare una visione totalizzante dell’interesse primario affidato alla sua cura ed evitare di assumere posizioni meramente oppostive. Ciò a maggior ragione quando altra amministrazione abbia autorizzato sulla medesima area una determinata utilizzazione del territorio, come nel caso di specie. Il tutto nella già ricordata prospettiva del bilanciamento degli interessi, alla ricerca di punti di equilibrio rispondenti a ragionevolezza e proporzionalità. Ne consegue che «*La piena integrazione tra le varie discipline incidenti sull’uso del territorio, richiede di abbandonare il modello delle «tutele parallele» degli interessi differenziati, che radicalizzano il conflitto tra i diversi soggetti chiamati ad intervenire nei processi decisionali*». Risulta quindi valorizzata la funzione del procedimento, quale *sedes materiae* nella quale «*devono contestualmente e dialetticamente avvenire le operazioni di comparazione, bilanciamento e gestione dei diversi interessi configgenti*».

6. Conclusioni.

In conclusione, la pronuncia in commento ritiene illegittime le prescrizioni di tutela indiretta, in quanto apposte dall’Amministrazione dei beni culturali secondo un metodo incongruo rispetto all’esigenza di contemperamento degli interessi in gioco e teso surrettiziamente a “disapplicare” gli esiti della conferenza di servizi cui aveva preso parte la Soprintendenza, a danno dei soggetti che avevano già conseguito le autorizzazioni uniche da parte della Regione per la realizzazione degli impianti eolici. Ne deriva per l’amministrazione, in sede di riedizione del potere, la necessità di «*ricercare non già il totale sacrificio dell’uso produttivo di energia pulita [...], secondo una logica meramente inibitoria, bensì una soluzione comparativa e dialettica fra le esigenze dello sviluppo sostenibile e quelle afferenti al paesaggio culturale*».

Resta aperto il tema accennato in coda al par. 3, relativo alla portata del principio dell’integrazione delle tutele/sviluppo sostenibile. La giurisprudenza chiarirà se esso funga da parametro di legittimità delle sole decisioni discrezionali pure dell’amministrazione ovvero se, in maniera innovativa e dirompente, esso si applichi anche alle scelte tecnico-discrezionali (nelle quali tradizionalmente si ritiene non vi siano propriamente interessi da bilanciare in concreto), come sembra invece affermare il TAR Molise.

[1] TAR Molise, Sez. I, 10 agosto 2021, n. 300.

[2] Com'è noto, il tema del confronto dell'interesse alla promozione delle rinnovabili con altri interessi costituzionalmente protetti, tra cui quello alla tutela del patrimonio culturale, è di grande attualità. In dottrina, si veda A. DI CAGNO, *La produzione di energia da fonte rinnovabile: tra interesse energetico, ambientale e paesaggistico*, in *Riv. Giur. Amb. Dir.*, n. 4/2022; G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giustiziasieme.it*, 22 settembre 2021; G. MONTEDORO, *Il ruolo di Governo e Parlamento nell'elaborazione e nell'attuazione del PNRR*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 2021.

[3] Cfr., *ex multis*, Corte cost. sentenza n. 151/1986. Cfr. anche Corte cost. sentenza n. 269/1995, dove, in relazione all'istituto della prelazione storico-artistica si afferma che trattasi «di un regime che trova nell'art. 9 della Costituzione il suo fondamento e che si giustifica nella sua specificità in relazione al fine di salvaguardare beni cui sono connessi interessi primari per la vita culturale del paese». Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si veda P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in *Giustiziasieme.it*, 4 maggio 2021, in particolare nota 71.

[4] Per una ricognizione in open access della giurisprudenza che ha enucleato dal testo costituzionale il valore ambiente, si vedano S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 3/2017; P. CARPINETO, *La Tutela dell'Ambiente nella Costituzione Italiana*, in *Anales de la Facultad de Derecho*, vol. 33, 2016; M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, in *Federalismi.it*, n. 25/2006.

[5] Sulla quale si veda L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 Cost.: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022; F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Aperta Contrada*, 28 febbraio 2022; G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Amb. Dir.*, n. 2/2022; M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 Cost. e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forumcostituzionale.it*, n. 3/2021, G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, cit.

[6] Il riferimento è ancora a Corte cost. sentenza n. 151/1986.

[7] Si veda ad esempio Corte cost., sentenza n. 246/2017.

[8] Sul necessario e continuo confronto tra i plurimi valori tutelati dalla Costituzione si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

[9] La Corte costituzionale ha infatti ricavato dal sistema l'esistenza del principio, qualificato come fondamentale, di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile. Cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 46/2021, 86/2019, 177/2018, 13/2014.

[10] Al riguardo, la giurisprudenza ha di recente ribadito che l'apprezzamento relativo al grado di protezione da assicurare nelle aree di tutela indiretta in concreto è affidato al nucleo della discrezionalità amministrativa, e che, una volta accertati i fatti storici, che confermano l'esistenza di territori paesaggisticamente rilevanti per plurimi profili, la scelta delle misure idonee a prevenire alterazioni o interferenze del quadro di insieme tutelato spetta, invero, indeclinabilmente all'Autorità a ciò deputata per legge, e le relative valutazioni non sono sindacabili dal giudice se non manifestamente irragionevoli o sproporzionate rispetto alle esigenze di tutela del bene (TAR Molise, I, 20 luglio 2022, n. 264).

[11] Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2015 n. 3652: «la discrezionalità tecnica, a differenza di quella amministrativa, si concentra su un unico interesse, nel caso quello paesaggistico, attraverso la verifica in fatto della sua configurazione e trasformazione nel caso concreto. Diversamente dalla discrezionalità amministrativa, la discrezionalità tecnica non può dar luogo ad alcuna forma di comparazione e valutazione eterogenea. Nell'esercizio della funzione di tutela spettante al MIBAC, l'interesse che va preso in considerazione è solo quello circa la tutela paesaggistica, il quale non può essere aprioristicamente sacrificato dal MIBAC stesso, nella formulazione del suo parere, in considerazione di altri interessi pubblici la cui cura esula dalle sue attribuzioni».

[12] Nella pronuncia si legge che «il Collegio reputa condivisibile e pienamente applicabile alla fattispecie in esame l'orientamento del Consiglio di Stato, VI Sezione, espresso dalla sentenza n. 8167/2022».

[13] D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6/2019; ID., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998.

[14] Cfr. D.U. GALETTA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, III edizione, 2020.

[15] M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, VI edizione, 2021.

[16] M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021.

[17] Cfr. invece TAR Molise, Sez. I, 27 ottobre 2022, n. 392, che richiama la pronuncia in commento.

[18] Cfr. ad esempio TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 1 settembre 2022, n. 1376.

[19] Cfr. S. PEDRABISSI, *Sviluppo sostenibile: l'evoluzione giuridica di un concetto mai definito*, in *Revista Ibérica do Direito*, n.1/2020; E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2019; G. MONTEDORO, *Spunti per la «decostruzione» della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale*, in *Amministrazione in cammino*, 30 aprile 2009.

[20] Cfr. F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 0/2010.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2482 – 6 ottobre 2022

Silenzio-assenso e tutela del legittimo affidamento: il perfezionamento della fattispecie non è subordinato alla presenza dei requisiti di validità. (Nota a Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746)

di Antonio Persico

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il silenzio-assenso e la rilevanza (non ostativa) dei requisiti di validità. – 3. La non operatività dell'istituto in caso di inconfigurabilità giuridica dell'istanza. – 4. Silenzio assenso e obbligo di provvedere. – 5. Conclusioni e prospettive.

1. Premessa.

La sentenza in commento ha preso posizione su una serie di aspetti legati alla natura e al funzionamento del silenzio-assenso provvedimentale^[1]. Nel caso di specie, si trattava di valutare la formazione del silenzio-assenso *ex art. 20, comma 8, d.P.R. n. 380/2001* su un'istanza di permesso di costruire presentata da un privato, il quale tuttavia aveva già realizzato l'intervento (una demo-ricostruzione) di cui richiedeva l'autorizzazione. Parte ricorrente, in particolare, sosteneva l'illegittimità dell'ordine di demolizione avente ad oggetto il manufatto abusivo, per ciò che il Comune avrebbe dovuto tenere conto della formazione del silenzio-assenso sull'istanza di permesso. L'ente locale, non avendo provveduto in forma espressa sull'istanza, avrebbe invero consentito il perfezionamento di un permesso di costruire "tacito", indipendentemente dalla sussistenza dei presupposti di legge per il rilascio del titolo, rispetto al quale l'ordine di demolizione successivamente intervenuto si sarebbe posto in rapporto di insanabile contraddizione.

Il Consiglio di Stato, nel negare la fondatezza di una simile ricostruzione, ha ritenuto opportuno soffermarsi (ed è la parte centrale della pronuncia) sull'istituto del silenzio-assenso verticale, mediante una digressione che, se pure non in tutte le sue parti si rivela indispensabile ai fini del decidere, è sicuramente importante in termini generali. In particolare, il supremo Consesso della giustizia amministrativa ha colto l'occasione per affrontare un profilo critico dell'operatività del meccanismo di semplificazione in parola, riassumibile nell'interrogativo se la formazione del silenzio-assenso sia configurabile in caso di mancanza dei requisiti di validità del titolo che l'istante miri a ottenere[2]. Con risolutezza, i giudici di Palazzo Spada hanno risposto affermativamente al quesito, prendendo le distanze da quell'indirizzo giurisprudenziale che predica la necessità della prova della sussistenza di tutti i requisiti soggettivi e oggettivi ai quali è subordinato il rilascio del titolo ai fini del perfezionamento della fattispecie silenziosa[3]. Come si vedrà, il ragionamento seguito da Collegio si basa su argomenti già ampiamente invocati dalla dottrina più sensibile alla tutela del legittimo affidamento dei privati[4].

2. Il silenzio-assenso e la rilevanza (non ostativa) dei requisiti di validità.

La digressione sul silenzio-assenso provvedimentoale, contenuta nei punti 8.1-8-2 della sentenza, esordisce con la presa di posizione sulla natura giuridica dell'istituto[5]. Il Collegio scarta apertamente la concezione "attizia", la quale ravvisa nel silenzio-assenso un provvedimento autorizzativo tacito nell'intento di consentire l'esperibilità del rimedio impugnatorio da parte del terzo controinteressato. È questa, invero, una *factio iuris* ritenuta non necessaria. Di contro, viene accolta la posizione della dottrina maggioritaria[6] che qualifica il silenzio-assenso come mero fatto reso giuridicamente rilevante da una scelta legislativa, la quale fa discendere dall'inerzia della p.a. gli stessi effetti dell'accoglimento della domanda (tesi dell'equivalenza). L'equiparazione *quoad effectum*, sarebbe peraltro "totale", nel senso «*gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo*».

Effettuata questa premessa, la sentenza s'incentra sulla rilevanza dei requisiti di validità della fattispecie in relazione al funzionamento del meccanismo di semplificazione in parola. L'assenza di detti requisiti, consistenti nei presupposti oggettivi e soggettivi richiesti dalla normativa applicabile, non impedisce la formazione del silenzio-assenso, contrariamente a quanto sostenuto da quella parte della giurisprudenza che a proposito del rilascio tacito del permesso di costruire si è così espressa: «*la cristallizzazione del titolo a seguito dell'inerzia dell'Ente presuppone logicamente la sussistenza di tutti i requisiti per la legittima esplicazione dell'attività [...]: allorché, dunque, [...] il progetto sia oggettivamente contrastante con le previsioni pianificatorie, non vi è spazio logico, né prima ancora, margine giuridico, per ritenere formato per silentium il titolo edilizio*»[7]. Il silenzio-assenso si forma quindi anche se l'attività da intraprendere in virtù del titolo abilitativo richiesto non sia conforme a legge, non ostando la mancanza dei requisiti di validità all'operatività dell'istituto.

La carenza dei requisiti di legge, invero, rileva solamente nell'ottica dell'esercizio di poteri di autotutela caducatoria della p.a., ovvero dei poteri demolitori del g.a. Al riguardo, il Collegio ritiene logico e coerente che tutti i titoli abilitativi "taciti" siano sottoposti al regime dell'"annullabilità" (non specificando se ci si riferisce all'annullamento d'ufficio o all'annullamento in sede giurisdizionale). Poco dopo, con riguardo all'annullamento d'ufficio, la sentenza precisa che, venuto meno con il decorso dei termini il potere primario di

provvedere, residua solamente «*la possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi formatosi 'silenziosamente'*». Pertanto, si evince che la mancanza dei requisiti di legge determina l'annullabilità del titolo abilitativo silenzioso per violazione di legge, ma non impedisce il perfezionamento della fattispecie *per silentium*.

La soluzione prospettata appare in linea con la *ratio* di semplificazione (*ex parte civium*) dell'istituto e con le esigenze di tutela del legittimo affidamento, coerentemente ai principi di collaborazione e buona fede che, in base all'art. 1, comma 2-*bis*, l. 241/1990, informano i rapporti tra cittadini e amministrazione[8]. Sul punto il Collegio fa propria l'icastica osservazione della giurisprudenza maggioritaria[9], secondo cui «*[n]essun vantaggio, infatti, avrebbe l'operatore se l'amministrazione potesse, senza oneri e vincoli procedurali [il riferimento implicito, per differentiam, è ai presupposti dell'annullamento d'ufficio ex art. 21-*nonies*], in qualunque tempo disconoscere gli effetti della domanda*».

A sostegno della correttezza della ricostruzione effettuata, la sesta Sezione elenca una serie di indici normativi, tratti dalla legge 241/1990 e ampiamente valorizzati dalla dottrina, dai quali si desume la formazione del silenzio-assenso anche in mancanza dei presupposti di legge per lo svolgimento dell'attività.

Il primo di questi indici a essere preso in considerazione è contenuto nell'art. 21-*nonies*, il quale contempla l'annullamento d'ufficio del «*provvedimento [...] formato ai sensi dell'art. 20*», così presupponendo il perfezionamento della fattispecie anche in caso di violazione di legge[10]. Viene poi valorizzato il comma 8-*bis* dell'art. 2, il quale, nel comminare l'inefficacia alle determinazioni adottate dopo i termini di cui all'art. 20, comma 1, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-*nonies*, conferma l'operatività del meccanismo del silenzio-assenso allo scadere dei termini per provvedere[11]. Ancora, il Collegio dà risalto al nuovo comma 2-*bis* dell'art. 20, il quale prevede il rilascio obbligatorio, da parte dell'amministrazione su richiesta del privato, di un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda in virtù della formazione del silenzio-assenso. Ora, questa disposizione, preceduta temporalmente e propiziata dall'introduzione di un ultimo periodo nell'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001, dal contenuto analogo, ma non identico, mira a porre rimedio alle incertezze relative alla formazione del silenzio-assenso, stabilendo a favore del privato un «*diritto ad un'attestazione*»: di vero e proprio diritto soggettivo sembrerebbe trattarsi, ma il Collegio altro non aggiunge al riguardo. Sul punto può rinviarsi al contributo dottrinario che ha invocato una soluzione del genere, a tutela del legittimo affidamento del privato e della certezza <="" data-bbox="136 675 860 705" style="max-width: 100%;">>span class="Nessuno"> [12]. Infine, viene preso in esame l'art. 21 della l.n. 241 del 1990, nella sua formulazione attuale e previgente. Com'è noto, in passato il comma 2 di detto articolo sanzionava coloro che avessero intrapreso l'attività sottoposta al modulo del silenzio-assenso «*in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente*». Ora, l'avvenuta abrogazione del comma in parola priverebbe di un argomento la tesi che subordina l'operatività dell'istituto all'esistenza dei requisiti di validità: sarebbe infatti venuta meno l'equiparazione tra attività intrapresa in assenza di titolo e attività svolta in mancanza dei presupposti soggettivi e oggettivi previsti dalla legge[13]. Per quanto riguarda invece il comma 1 dell'articolo 21 (il quale afferma che in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge), la pronuncia in commento prende atto del difficile raccordo tra questa norma e l'art. 21-*nonies*, non essendo chiaro se possa formarsi il silenzio su un'istanza recante dichiarazioni mendaci o false attestazioni e, in caso affermativo, se sussistano in capo

all'amministrazioni poteri d'intervento successivo diversi da quelli previsti dal comma 2-bis dell'articolo ultimo citato[14]. Quale che sia la corretta ricostruzione del rapporto tra le due norme, appare chiaro al Collegio che dalla lettura del primo comma dell'art. 21, emerge l'operatività del silenzio-assenso nelle ipotesi di semplice incompletezza delle dichiarazioni effettuate dal privato[15].

3. La non operatività dell'istituto in caso di inconfigurabilità giuridica dell'istanza.

Al termine di tale digressione, il Collegio affronta il punto veramente dirimente ai fini del decidere. Il decorso del tempo non può determinare indefettibilmente la formazione del silenzio-assenso. Al riguardo, la sentenza in commento accoglie implicitamente la distinzione tra requisiti di validità, non ostativi al perfezionamento del silenzio-assenso, e requisiti di formazione del silenzio-assenso, cui viene ricondotta l'ipotesi di «radicale 'inconfigurabilità' giuridica dell'istanza». Quest'ultima eventualità ricorre allorché l'istanza non sia aderente al «modello normativo astratto» prefigurato dal legislatore. La pronuncia risulta epigrafica, omettendo di fornire quei chiarimenti necessari alla comprensione di una “regola” di carattere generale.

La distinzione tra requisiti di validità ed elementi essenziali alla formazione del silenzio-assenso era invero già stata tracciata dalla giurisprudenza[16]. La dottrina, a sua volta, ha chiarito che alla seconda categoria andrebbero ricondotte le ipotesi di carenza di legittimazione dell'istante, di incompletezza formale e di intempestività dell'istanza[17]. Ora, potrebbe ritenersi che nella fattispecie all'esame del Consiglio di Stato l'istanza di permesso di costruire non risultasse tempestiva e chiudere così il discorso, oppure tentare di ravvisare un criterio distintivo non empirico tra requisiti di validità e requisiti di esistenza.

Seguendo questa seconda pista, si osserva che nella sentenza in commento, il Collegio ha ravvisato un'ipotesi di radicale inconfigurabilità giuridica dell'istanza nella mancanza di un «necessario presupposto logico-normativo», essendo l'intervento da autorizzare già stato realizzato. La categoria della radicale inconfigurabilità giuridica dell'istanza, espressiva del difetto dei requisiti essenziali/di formazione del silenzio-assenso, sembra riposare in ultima analisi sulla gravità dei vizi presenti nella fattispecie. In precedenza si è detto che per il Collegio la carenza dei requisiti di validità, che si registra quando «l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non sia conforme alle norme», è causa di annullabilità del titolo tacito, tracciandosi così una corrispondenza tra annullabilità del provvedimento per violazione di legge e difetto dei requisiti di validità. Di contro, la preclusione all'operatività del silenzio-assenso per inconfigurabilità giuridica dell'istanza ricorre in presenza di vizi più gravi della violazione di legge, che determinerebbero la nullità o l'inesistenza del provvedimento favorevole ipoteticamente adottato in forma espressa. Sembra potersi tracciare in tal senso una corrispondenza tra vizi di nullità/inesistenza e difetto dei requisiti di formazione del silenzio-assenso.

In effetti, nella fattispecie attenzionata dalla sesta Sezione, un ipotetico provvedimento espresso di assenso sarebbe stato nullo per carenza di un elemento essenziale, ex art. 21-septies l. 241/1990: l'oggetto del provvedimento risultava impossibile secondo lo schema degli art. 1418 e 1346 e c.c. in quanto l'attività da autorizzare era già stata realizzata. Stando poi alle affermazioni contenute nella sentenza, l'ipotetico provvedimento favorevole avrebbe

potuto ritenersi addirittura inesistente, in quanto assolutamente non riconducibile al «*modello normativo astratto prefigurato dal legislatore*»^[18].

4. Silenzio-assenso e obbligo di provvedere.

Infine, si segnala che la pronuncia in commento ha toccato anche il tema, particolarmente dibattuto in dottrina, del rapporto tra obbligo di provvedere e silenzio-assenso. Com'è noto, l'obbligo di provvedere, perentoriamente enunciato all'art. 2, comma 1, periodo primo della l. 241/1990, viene valorizzato da alcuni Autori nell'ottica di ribadire la non fungibilità per il privato tra titolo espresso e titolo formatosi *per silentium*, essendo il secondo, tra l'altro, intrinsecamente più instabile del primo a fronte dei poteri di autotutela caducatoria^[19]. Orbene, il Collegio sembra recepire le preoccupazioni alla base di quest'orientamento allorché precisa che la funzione semplificatoria del silenzio-assenso opera a beneficio esclusivo del privato, senza sollevare la p.a. dal dovere di provvedere in forma espressa^[20]. In quest'ottica, risulta del tutto coerente l'aver in precedenza sostenuto la natura di mero fatto giuridicamente rilevante del silenzio-assenso, scartando la teoria attizia che vuole il silenzio-assenso interamente sovrapponibile, ad ogni effetto, al provvedimento espresso. La pronuncia valorizza il dettato dei commi 1 e 9 del ridetto articolo 2, i quali rispettivamente stigmatizzano la condotta del funzionario che ometta o ritardi l'emanazione di un provvedimento espresso e ribadiscono l'obbligo di provvedere espressamente, seppur in forma semplificata, in caso di domande manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate.

In sintesi, il Collegio afferma che il silenzio-assenso non costituisce una modalità ordinaria di svolgimento della funzione, così prendendo le distanze da quelle tesi dottrinarie volte a ravvisare nel silenzio-assenso verticale una deroga all'obbligo di provvedere, ovvero un modello alternativo e fisiologico di provvedere^[21].

5. Conclusioni e prospettive.

In conclusione, la sentenza in esame ha affrontato una serie di temi rilevanti relativi all'istituto del silenzio-assenso provvedimentale, con affermazioni nette e recise che rendono spesso necessario uno sforzo interpretativo e ricostruttivo per dipanare il ragionamento sottostante. In conformità con quanto evidenziato a più riprese dalla dottrina^[22], la decisione risulta ispirata dall'esigenza di garantire, il più possibile, le istanze di legittimo affidamento del privato, ampliando l'ambito applicativo del silenzio-assenso anche alle domande difformi dai requisiti di validità.

Preso atto che la mancanza dei requisiti di validità non osta alla formazione del silenzio-assenso, e ribadito l'obbligo di provvedere in forma espressa nei termini, resta necessario un importante chiarimento su un aspetto legato a una disposizione pur citata nella digressione sul silenzio-assenso. Il riferimento è al comma 8-*bis* dell'art. 2 della legge 241/1990, il quale prevede l'inefficacia del provvedimento di diniego intervenuto dopo la formazione del silenzio-assenso. Orbene, il problema meritevole di chiarificazione riguarda il regime di validità dell'atto sopravvenuto, e assume oggi rilevanza eminentemente processuale: ferma

restando la sua inefficacia, ci si interroga sul rimedio esperibile a fronte di tale atto tardivo. La risposta al quesito dipende evidentemente dalla natura dell'invalidità in questione e presenta notevoli ricadute pratico-applicative^[23]. Volendo escludere la mera annullabilità, permane il dubbio se il provvedimento in questione sia nullo, e pertanto impugnabile nel termine di 180 con l'azione di cui all'art. 31 c.p.a. (ferma l'eccepibilità perpetua), ovvero inesistente: in questo caso si pone il tema dell'ammissibilità di una domanda di accertamento atipica volta a rimuovere l'incertezza da esso derivante. Lungi il problema dal trovare una soluzione univoca in dottrina, occorrerà attendere sul punto i necessari assestamenti giurisprudenziali.

[1] Per un inquadramento generale sul silenzio-assenso provvedimentoale e sui problemi che esso pone si v. G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della P.A.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, III ed., Milano, 2020; tra le prime ricostruzioni dell'istituto, antecedenti alla generalizzazione del suo regime operata dalla l. n. 15/2005, si v. B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dir. disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino, 1995; A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e soc.*, 1982, 715 ss; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

[2] Vari sono i contributi che indagano la (controversa) portata semplificatoria dell'istituto, tra i quali si v. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, n.7/2015; ID., *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove autonomie*, 2012, 435 ss.; L. FERRARA, *Dia (e silenzio assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. Amm.*, 2006, 759 ss.; M. ANDREIS, *Silenzio-assenso, semplificazione competitiva e D.L.A.: problemi e profili applicativi alla luce dei nuovi articoli 19 e 20 della l. n. 241 del 1990, sostituiti dalla L. 80/2005*, Milano, 2005; V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2000, 617 ss.; G. VESPERINI, *Il silenzio assenso e la denuncia sostitutiva di autorizzazione dopo la legge 241 del 1990: un bilancio*, in *Dir. e società*, 1997.

[3] Indirizzo cui hanno aderito di recente TAR Campania, Napoli, Sez. II, 10 gennaio 2022, n. 171; Cons. Stato, sez. IV, 25 febbraio 2021, n. 1629; Cons. Stato Sez. IV, 1 luglio 2021, n. 5018.

[4] In particolare, da ultimi, M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, n. 1/2022, e *ivi* ulteriori richiami anche a precedenti scritti dell'A.; M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, n. 10/2020.

[5] Sulla natura giuridica del silenzio-assenso provvedimentoale si v. M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere*, cit.; G. MARI, *L'obbligo di provvedere*, cit.

[6] In dottrina, cfr. M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 972; F. GAMBARDELLA, *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 393 ss.; A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985. Sul tema si v. anche V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla L. 14 maggio 2005, n. 80*, in *Foro amm. - TAR*, 2006, p. 2798 ss.

[7] Cons. Stato, Sez. IV, 17 dicembre 2019, n. 8529. V. anche nota 2.

[8] Cfr. M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere*, cit.; M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere*, cit.

[9] TAR Valle d'Aosta, 19 novembre 2020, n. 60; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 6 febbraio 2017, n. 210; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521.

[10] Cfr. G. MARI, *L'obbligo di provvedere*, cit., p. 229.

[11] *Ibidem*, p. 228 e M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere*, cit., p. 18.

[12] M. CALABRÒ, *Silenziò assenso e dovere di provvedere*, cit. In argomento, si v. anche G. STRAZZA, *L'ambito di operatività del silenziò-assenso e le esigenze di certezza (nota a Cass., Sez. III, ord. 6 luglio 2020, n. 13865)*, in *Riv. giur. ed.*, 4, 2020, 864 ss. In generale, sul contenuto e sulla portata del principio di certezza del diritto si v. M. IMMORDINO, *Il principio di certezza del diritto nei rapporti tra Amministrazione e cittadini*, Torino, 2003.

[13] Il carattere stridente di tale disposizione con le esigenze del legittimo affidamento dei privati era stato segnalato da M.A. SANDULLI, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenziò della p.A.*, in *Giust. Civ.* 1994, 485 ss.

[14] Il difettoso coordinamento tra le due norme è stato denunciato dai pareri n. 839 e 1784/2016 del Consiglio di Stato sui decreti SCIA, e da ultimo, in dottrina, da M.A. SANDULLI, *Silenziò assenso e termine a provvedere*, cit.

[15] Afferma sul punto M. CALABRÒ, *Silenziò assenso e dovere di provvedere*, cit., p. 47: «In ogni caso, ciò che almeno in teoria appare non essere oggetto di discussione è che, in caso di dichiarazioni non false, ma semplicemente incomplete, il silenziò dovrebbe formarsi».

[16] TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521.

[17] Cfr. G. MARI, *L'obbligo di provvedere*, cit..

[18] Sui rapporti tra invalidità e nullità nel diritto amministrativo si v. M. CALARESU, F. PIGNATIELLO, *La nullità del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit.

[19] Su tutti, i già citati M.A. SANDULLI, *Silenziò assenso e termine a provvedere*, cit.; M. CALABRÒ, *Silenziò assenso e dovere di provvedere*, cit.

[20] M. CALABRÒ, *Silenziò assenso e dovere di provvedere*, cit.

[21] Cfr. A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenziò inadempimento*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 285; G. MORBIDELLI, *Il silenziò-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006; F.G. SCOCA, *Il silenziò della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 245; ID., *Il silenziò della pubblica amministrazione*, Milano 1971.

[22] Cfr. note 3 e 12.

[23] Il problema viene segnalato da M.A. SANDULLI, *Silenziò assenso e termine a provvedere*, cit.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2466 – 21 settembre 2022

Accesso difensivo e tutela dei dati personali: il caso dei nominativi nelle segnalazioni alla p.a. (nota a TAR Emilia Romagna - Bologna, sez. II, 8 febbraio 2022, n. 136)

di Ippolito Piazza

Sommario: 1. L'accesso al nome del segnalante: una questione aperta. – 2. Le ragioni della trasparenza e quelle della riservatezza. – 3. La distinzione tra atto amministrativo e dato personale. – 4. Accesso difensivo e strumentalità: una soluzione ragionevole.

1. L'accesso al nome del segnalante: una questione aperta.

La recente sentenza del TAR Emilia Romagna, n. 136 del 8 febbraio 2022, merita di essere commentata perché affronta un problema che ancora non trova soluzioni consolidate nella giurisprudenza amministrativa e perché, nel farlo, offre un'interpretazione particolare delle regole sul diritto d'accesso.

Il problema è quello della conoscibilità, attraverso il diritto di accesso, del nome di chi abbia presentato una segnalazione o un esposto alla pubblica amministrazione: pur essendo un aspetto piuttosto specifico all'interno della tematica dell'accesso, è in realtà di grande interesse perché fa emergere la tensione tra le opposte esigenze di conoscenza e di riservatezza che sono sottese alla disciplina della legge n. 241/1990, investendo la questione dei limiti al c.d. accesso difensivo. Il TAR Emilia Romagna prospetta un'interpretazione che integra le disposizioni sull'accesso della l. n. 241/1990 con quelle del GDPR^[1], andando così a distinguere ciò che costituisce “atto amministrativo”, oggetto della disciplina sull'accesso, da ciò che costituisce “dato personale”, oggetto della disciplina a tutela della riservatezza.

Per introdurre questi profili occorre riassumere la vicenda da cui nasce la pronuncia. Il ricorrente è un artista di strada, che è stato oggetto di numerosi controlli da parte della Polizia municipale, sollecitati da altrettante segnalazioni di ignoti che lamentavano il disturbo sonoro generato dalle sue esibizioni. L'artista, ritenutosi danneggiato dalle segnalazioni e dai successivi controlli della Polizia, presentava istanza di accesso alle segnalazioni per conoscerne il contenuto, inclusi i nomi dei segnalanti. L'amministrazione comunale rigettava le istanze, sul presupposto che non fosse possibile rilasciare i documenti richiesti comprensivi dei nominativi. Pertanto, l'interessato chiede l'annullamento dei provvedimenti di diniego parziale e l'accertamento del proprio diritto a conoscere i nomi dei segnalanti. Il TAR Emilia Romagna si trova, quindi, ad affrontare la questione circa la possibilità di ottenere, attraverso le norme sull'accesso difensivo della legge n. 241 del 1990, i dati personali del segnalante, allo scopo di tutelare gli interessi del "segnalato" a fronte di segnalazioni giudicate infondate o vessatorie.

Si tratta, come detto, di questione controversa nella giurisprudenza amministrativa: il TAR Emilia Romagna – sulla scia di una pronuncia del Consiglio di Stato dello scorso anno[2] ma portando argomenti ulteriori – aderisce alla tesi più favorevole alla riservatezza, ritenendo (i) che i nominativi del segnalante costituiscano un dato personale il cui trattamento richieda il rispetto di una delle finalità indicate dal GDPR e (ii) che tale finalità sia assente nel caso di specie perché l'ostensione dei nominativi non consentirebbe comunque alcuna forma di tutela al ricorrente.

Vedremo come la pronuncia sia convincente nella parte in cui argomenta riguardo all'assenza di un nesso tra il documento richiesto e la difesa del ricorrente, mentre più di un dubbio resta sulla necessità di richiamare il GDPR per la soluzione della controversia.

È utile però, anzitutto, dar conto del contrasto giurisprudenziale in materia e degli argomenti che sostengono le diverse tesi.

2. Le ragioni della trasparenza e quelle della riservatezza.

Il diritto d'accesso è riconosciuto nel nostro ordinamento in una molteplicità di forme: al tradizionale diritto di accesso documentale o procedimentale[3] si sono affiancati nell'ultimo decennio il diritto di accesso civico semplice[4] e quello generalizzato[5], senza considerare i diritti di accesso previsti da leggi di settore. Restando ai rapporti tra i diritti di accesso "a contenuto generale"[6], si è andata affermando nella giurisprudenza l'idea che questi – e, in particolare, il diritto di accesso documentale e il diritto di accesso civico generalizzato – non siano sovrapponibili e non corrispondano a un «unico diritto soggettivo globale di accesso» ma vadano piuttosto a costituire un insieme di garanzie differenziate per finalità e livelli soggettivi di pretesa alla trasparenza[7].

Più precisamente, in base a questa ricostruzione, vi è un rapporto inversamente proporzionale tra il numero di soggetti legittimati all'accesso e il numero di documenti accessibili[8]: così, il diritto di accesso civico, riconosciuto a "chiunque", va incontro a limitazioni maggiori rispetto al diritto di accesso procedimentale di cui all'art. 22, l. n. 241/1990, riconosciuto solo 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». Ancor meno limitazioni incontra il diritto d'accesso cosiddetto "difensivo", di cui all'art. 24, c. 7, l. n. 241/1990, riconosciuto a coloro che non solo siano titolari di una situazione giuridica collegata al documento ma abbiano anche necessità di conoscere il documento per «curare o difendere i propri interessi giuridici»^[9]. Depone in tal senso la formulazione letterale dell'art. 24, c. 7, secondo cui a tali richiedenti deve «comunque» essere garantito l'accesso ai documenti; ed è peraltro significativo che questa disposizione sia posta in chiusura dell'art. 24, dedicato ai casi di esclusione del diritto di accesso, disciplinati nei commi precedenti.

Una simile ampiezza del diritto di accesso difensivo comporta che i documenti debbano essere sempre rilasciati al richiedente che voglia servirsene per la cura dei propri interessi, con esiti potenzialmente negativi per gli interessi contrapposti, in primo luogo quello alla riservatezza^[10]. Questo contrasto tra trasparenza e riservatezza si presenta in maniera evidente nel caso di istanze di accesso a segnalazioni, esposti o denunce presentate all'amministrazione e ha dato vita a due orientamenti giurisprudenziali confliggenti.

Secondo un primo orientamento, favorevole alle ragioni della trasparenza, chi sia stato oggetto di una segnalazione alla pubblica amministrazione ha diritto, ai sensi della legge n. 241/1990, di prenderne visione e di conoscere il nome dell'autore^[11]. La tesi si fonda sull'idea che il diritto alla riservatezza dell'autore della segnalazione non abbia una «estensione tale da includere il diritto all'anonimato di colui che rende una dichiarazione a carico di terzi, tanto più che l'ordinamento non attribuisce valore giuridico positivo all'anonimato»^[12]. Del resto, questa giurisprudenza ritiene che l'autore della segnalazione si "esponga" nei confronti della pubblica amministrazione e rinunci così, implicitamente, alla propria riservatezza^[13]. Neppure è di ostacolo all'accesso il fatto che la segnalazione sia un atto di provenienza privata: l'atto privato, una volta giunto nella disponibilità della pubblica amministrazione, rientra infatti nell'ambito applicativo degli artt. 22 ss. della l. n. 241/1990 e ciò anche quando alla segnalazione non abbia fatto seguito l'apertura di un vero e proprio procedimento amministrativo^[14].

Un secondo orientamento giurisprudenziale nega, invece, la sussistenza del diritto di accesso rispetto ai nomi dei segnalanti. La segnalazione sarebbe un semplice atto di impulso, che dà luogo a una attività ispettiva doverosa della pubblica amministrazione: è pertanto quest'ultima attività a essere soggetta al regime di trasparenza e sono gli atti in cui essa si esplica che costituiscono l'oggetto del diritto di accesso dell'interessato. Alla distinzione tra atto di impulso e attività amministrativa si lega una seconda, decisiva, considerazione: la difesa del soggetto segnalato non dipende dalla conoscenza della segnalazione, né tantomeno dal nome del segnalante; l'attività difensiva dell'interessato è rivolta, semmai, nei confronti dell'amministrazione e dei provvedimenti adottati in seguito alla segnalazione. Questa giurisprudenza esclude, quindi, la sussistenza di uno dei requisiti che legittimano l'accesso difensivo, vale a dire la strumentalità del documento richiesto rispetto alla cura dei propri interessi^[15]. Oltretutto, se l'intento di conoscere il nominativo del segnalante non è mosso da esigenze difensive, esso può celare un intento ritorsivo, che certamente non è tutelato dall'ordinamento^[16].

3. La distinzione tra atto amministrativo e dato personale.

La sentenza in commento aderisce a questo secondo orientamento ma introduce un argomento nuovo a favore della riservatezza. Il TAR ritiene, in particolare, che i nominativi dei segnalanti non possano essere rilasciati perché essi non sottostanno al regime giuridico previsto per l'accesso ai documenti amministrativi, bensì al regime previsto per l'accesso ai dati personali, disciplinato in primo luogo dal Regolamento europeo n. 679/2016 (GDPR).

Nella pronuncia si legge infatti che il nominativo dell'autore di una segnalazione «a rigore non costituisce un “atto amministrativo”», trattandosi invece di un dato personale, accessibile pertanto solo per colui al quale il dato si riferisce, oppure comunicabile a terzi ma solo entro gli «stretti limiti» stabiliti dal Codice in materia di protezione dei dati personali. Insomma, ad avviso del TAR, occorre distinguere tra l'accessibilità «al documento in quanto tale», disciplinata dagli artt. 22 ss. della l. n. 241/1990, e l'accessibilità ai dati personali in esso contenuti: per questi ultimi, «atteso il rango costituzionale della protezione agli stessi concessi dall'ordinamento», deve trovare applicazione la specifica disciplina europea e nazionale.

Del resto, prosegue la sentenza, il GDPR è entrato in vigore successivamente alla legge sul procedimento e, dunque, le disposizioni di quest'ultima debbono essere interpretate alla luce della nuova normativa sui dati personali. Così, anche se l'art. 24, c. 7, l. n. 240/1990^[17] prevede che il diritto di accesso difensivo possa incontrare limiti solo di fronte a dati sensibili e giudiziari (per i quali la disposizione consente l'accesso unicamente se essi siano «strettamente indispensabili») o dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale (rispetto ai quali trova applicazione l'art. 60 del Codice sulla protezione dei dati personali e quindi l'accesso è consentito solo per tutelare un diritto almeno di pari rango del richiedente^[18]), ad avviso del TAR non si può trarre la conclusione che il diritto d'accesso prevalga comunque sulla protezione dei dati personali “semplici”: occorre infatti tener sempre conto «del principio di liceità del trattamento di cui allo stesso art. 6 comma 1 del GDPR». In altre parole, l'accesso difensivo non può prevalere sulla tutela dei dati personali “semplici” solo sulla base dell'art. 24, c. 7, l. n. 241/1990, ma deve anche realizzarsi una delle condizioni previste dall'art. 6 del GDPR, condizioni che, come noto, rendono lecito il trattamento dei dati personali^[19]. Così delineato il quadro normativo, il TAR esclude che si sia in presenza di una delle condizioni richieste dal GDPR, poiché ritiene che il trattamento non sia giustificato dalla necessità del ricorrente di ottenere il nominativo del segnalante per esperire azioni giudiziarie. La motivazione della pronuncia prosegue quindi con una esauriente argomentazione in merito all'irrelevanza del nominativo richiesto rispetto a eventuali iniziative giudiziarie: su questo punto si tornerà più avanti (§ 4). È opportuno invece qui sottolineare come la ricostruzione del TAR circa il rapporto tra le due discipline non appaia convincente.

In primo luogo, desta perplessità la distinzione tra il documento amministrativo e i dati personali in esso contenuto. Essa sembra artificiosa se si pone mente alla definizione ampia di «documento amministrativo» data dall'art. 22, c. 1, lett. d), l. n. 241/1990 («ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie 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»), che si riferisce genericamente al «contenuto» degli atti amministrativi, rendendolo oggetto del diritto di accesso: per cui non pare possibile distinguere tra “contenitore” accessibile (nel nostro caso, la segnalazione) e “contenuto” non accessibile (il nominativo del segnalante). In

altri termini, è vero che i dati personali non sono un documento amministrativo, ma ne costituiscono il contenuto.

D'altra parte, è la stessa legge n. 241/1990 a prevedere specifiche regole (come quelle ricordate riguardanti i dati sensibili) per le ipotesi nelle quali i dati personali siano contenuti in un atto amministrativo: lo stesso art. 24, al comma 6, rinvia a un regolamento governativo per la previsione di casi di sottrazione all'accesso di documenti che riguardino, tra altro, «la vita privata o la riservatezza di persone fisiche». Così pure, il rapporto tra la tutela della riservatezza e il diritto di accesso è preso in considerazione nella normativa sui dati personali: in particolare, l'art. 86 del GDPR prevede che i dati personali «contenuti in documenti ufficiali in possesso di un'autorità pubblica o di un organismo pubblico o privato per l'esecuzione di un compito svolto nell'interesse pubblico possono essere comunicati da tale autorità o organismo conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri cui l'autorità pubblica o l'organismo pubblico sono soggetti, al fine di conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il diritto alla protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento». In sostanza, il GDPR rinvia alle normative nazionali, lasciando agli Stati ampia discrezionalità riguardo al bilanciamento tra accesso e tutela dei dati personali^[20]. Il legislatore italiano ha peraltro già adeguato la normativa interna al GDPR, attraverso il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101^[21], che – per quanto ci interessa – ha sostanzialmente confermato la previgente disciplina, contenuta nel Codice sulla protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003), riguardo al rapporto tra accesso e riservatezza. In particolare, l'art. 59 del Codice rinvia proprio alla l. n. 241/1990 riguardo alle «modalità» e ai «limiti» per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, fatto salvo il caso dei dati sensibili disciplinato dal già citato art. 60.

Si consideri comunque per ipotesi – a dispetto delle richiamate norme di raccordo tra le due discipline – che le disposizioni sull'accesso documentale debbano essere interpretate alla luce dell'art. 6 del GDPR, come sostenuto dal TAR, e che dunque un dato personale possa essere rilasciato dalla pubblica amministrazione solo ove ricorra una delle condizioni elencate in tale articolo. Ebbene, anche ammesso che questa ricostruzione sia corretta, non sembra potersi escludere in assoluto che qui ricorra una di esse. L'art. 6 prevede infatti, tra le condizioni che rendono lecito il trattamento dei dati, il caso in cui esso sia «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» (art. 6, par. 1, lett. e)^[22]. Questa condizione sembra offrire una base legale per il rilascio di dati personali ai fini dell'accesso ai documenti amministrativi: secondo l'art. 22, c. 2, l. n. 241/1990, l'accesso costituisce infatti, «attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse», un principio generale dell'attività amministrativa «al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza». Il TAR si limita invece a escludere la compatibilità del rilascio dei nominativi dei segnalanti con l'art. 6 del GDPR, poiché non ravvisa la necessità del trattamento nella asserita volontà del richiedente di esperire azioni giudiziarie.

4. Accesso difensivo e strumentalità: una soluzione ragionevole.

La necessaria conoscenza di un dato per esperire azioni giudiziarie non pare peraltro essere congruente con alcuna delle finalità indicate dall'art. 6 del GDPR^[23]. Tale requisito è però

decisivo ai fini dell'applicazione dell'art. 24, c. 7, l. n. 241/1990 e, sotto questa luce, si può analizzare la seconda parte della pronuncia.

In essa, il TAR specifica le ragioni che rendono ininfluenza il dato richiesto per la tutela dei diritti del richiedente e, in particolare, per la proposizione di azioni giudiziarie. Anzitutto – rileva il giudice – se gli interventi della Polizia municipale e i conseguenti verbali sono considerati illegittimi o illegali, contro di essi è ben possibile reagire nelle sedi opportune, senza bisogno di conoscere per intero le segnalazioni che di tali attività costituiscono «atto di mero impulso». In secondo luogo, qualora il ricorrente proponga denuncia all'autorità giudiziaria e questa dovesse riscontrare fattispecie penalmente perseguibili (si pensi a un'ipotesi di calunnia), «sarebbe doveroso all'esito del procedimento formulare un'imputazione dandone avviso alla parte offesa». In terzo luogo, anche un'eventuale azione risarcitoria in sede civile dovrebbe essere esperita nei confronti della pubblica amministrazione, poiché, di nuovo, i danni lamentati dal ricorrente derivano dai controlli della Polizia e non dalle segnalazioni («di per sé stesse causalmente irrilevanti»). Aggiunge infine il TAR, richiamandosi all'orientamento giurisprudenziale sopra citato (§ 2), che a maggior ragione è da escludersi l'accesso quando la conoscenza del nominativo del segnalante, priva di rilievo a fini difensivi, costituisca «da mera soddisfazione di una curiosità, con pericolo di future ritorsioni».

In definitiva, il TAR respinge il ricorso perché il nome del segnalante non ha un'utilità a fini difensivi per il ricorrente: senza chiamare in causa il GDPR, ciò sarebbe stato sufficiente per negare l'esistenza del diritto di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, c. 7. La norma sull'accesso difensivo richiede infatti che vi sia un nesso di strumentalità tra la conoscenza del documento e la cura o difesa di un interesse giuridico. La spiegazione fornita in proposito dal TAR Emilia Romagna appare esauriente e in linea con le indicazioni che proprio in tema di strumentalità dell'accesso difensivo ha dato la recente Adunanza plenaria n. 4 del 18 marzo 2021[24]. Era emersa sul punto una difformità nella giurisprudenza delle sezioni del Consiglio di Stato, divise tra una posizione che riteneva sufficiente una generale «attinenza» della documentazione richiesta con la difesa dell'interessato e una posizione che valutava invece con più rigore i requisiti dell'istanza di accesso. Tra le pronunce di questo secondo tipo, se ne segnalavano peraltro alcune che, mosse dall'intento di «arginare» l'ampia portata dell'accesso difensivo ex art. 24, c. 7, finivano per esercitare un sindacato discutibile sul requisito della strumentalità: così, per esempio, il Consiglio di Stato aveva escluso l'esistenza di un interesse concreto e attuale all'accesso in capo al ricorrente perché aveva ritenuto che il documento richiesto non fosse pertinente con la strategia difensiva che lo stesso stava adoperando in altra sede processuale[25]. È evidente che quest'ultima giurisprudenza rischia di sindacare impropriamente le scelte processuali di un privato e di lederne il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost.[26]. La Plenaria era pertanto chiamata a specificare quali siano i poteri di valutazione dell'amministrazione (e poi del giudice) circa l'istanza di accesso difensivo[27].

Nella pronuncia n. 4/2021, il massimo giudice amministrativo riconosce che la legge non lascia margini di apprezzamento all'amministrazione riguardo al bilanciamento tra accesso e riservatezza, poiché si prevede la prevalenza del primo[28]: tuttavia, la stessa legge richiede un giudizio («sussunzione») riguardo all'interesse legittimante all'accesso, che deve presentare i parametri della «corrispondenza» a una situazione giuridica e del «collegamento» tra il documento e l'interesse giuridicamente rilevante che tramite la conoscenza del documento si intende tutelare. A dimostrazione della necessità di questo giudizio, la Plenaria ricorda che

l'istanza di accesso deve essere motivata (art. 25, c. 2, l. n. 241/1990) e che proprio sulla motivazione deve fondarsi l'analisi della pubblica amministrazione in merito alla sussistenza dei parametri legittimanti l'accesso difensivo. Trattandosi di attività interpretativa, essa si presta naturalmente a una certa elasticità, motivo per cui la Plenaria non indica criteri stringenti per valutare la motivazione dell'istanza di accesso^[29]: essa si limita a dire che sul nesso di strumentalità necessaria tra documento e interesse da tutelare occorre un vaglio «rigoroso» e «motivato» e che l'amministrazione e il giudice amministrativo «non devono invece svolgere *ex ante* alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, [...] salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive».

La soluzione della Plenaria appare, se non risolutiva, quantomeno ragionevole: nel momento in cui la disciplina sull'accesso si fonda sui diversi requisiti di legittimazione di ciascun diritto (civico, procedimentale e difensivo)^[30], facendovi corrispondere una diversa "forza" del diritto stesso, è normale che vi sia un controllo circa tali requisiti. Simile soluzione è altresì capace di offrire una strada per risolvere il problema del nominativo nelle segnalazioni: esso potrà essere reso noto soltanto quando il richiedente sia in grado di motivare la ragione per cui il nominativo sia necessario per la cura o difesa in giudizio di un proprio interesse giuridico. Qualora vi riesca, trova applicazione l'art. 24, c. 7; qualora invece non sia in grado di motivare in tal senso l'istanza, la tutela del diritto di accesso deve essere bilanciata con quella della riservatezza del segnalante, con la conseguenza che la segnalazione potrà essere rilasciata ma oscurando il nominativo dell'autore^[31].

Pur non citando la Plenaria, il TAR Emilia Romagna sembra aver fatto corretta applicazione dei principi da essa enunciati, motivando adeguatamente le ragioni in base alle quali, nel caso di specie, il nominativo del segnalante non apparisse necessario per la tutela degli interessi del ricorrente. L'esito cui perviene la pronuncia è pertanto condivisibile ma sarebbe stato sufficiente, per raggiungerlo, far ricorso alle norme sul diritto d'accesso della l. n. 241/1990.

[1] Si tratta, come noto, 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 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)».

[2] Cons. St., sez. III, 1 marzo 2021, n. 1717.

[3] Artt. 22 e ss., l. n. 241/1990.

[4] Art. 5, c. 1, d.lgs. n. 33/2013.

[5] Art. 5, c. 2, d.lgs. n. 33/2013.

[6] Per utilizzare l'espressione di A. Simonati, *I diritti di accesso "a contenuto generale": spunti per un'analisi in parallelo*, in *Dir. econ.*, 2022, 201 ss. La letteratura sui diversi diritti di accesso e sui loro rapporti è ormai molto consistente: ci si limita qui a rinviare ai recenti lavori monografici di M. Sinisi, *I diritti di accesso e la discrezionalità amministrativa*, Bari, 2020 e F. Lombardi, *La trasparenza tradita*, Napoli, 2022.

[7] Si vedano in giurisprudenza, tra altre, Tar Puglia, sez. III, 19 febbraio 2018, n. 231 e Cons. St., sez. IV, 12 agosto 2016, n. 3631; in dottrina, v. M. Sinisi, *I diritti di accesso e la discrezionalità amministrativa*, cit., spec. 87 ss. Tuttavia, una prospettiva

almeno in parte diversa sembrava essere indicata dalla nota sentenza dell'Adunanza plenaria 2 aprile 2020, n. 10, nella quale si sosteneva che il rapporto tra l'accesso documentale e quello civico generalizzato non dovesse essere inteso secondo un criterio di esclusione reciproca «ma secondo un canone ermeneutico di completamento/inclusione»; sia consentito rinviare alle considerazioni svolte sul punto in I. Piazza, *Strumentalità dell'accesso difensivo e sindacato giurisdizionale: osservazioni alla luce della normativa sulla trasparenza*, in questa *Rivista*, 2021.

[8] In proposito, si veda V. Mirra, *Accesso difensivo e riservatezza: due diritti in conflitto*, in *Foro it.*, 10/2021, 550 ss.

[9] Sulla distinzione tra l'accesso procedimentale in generale, disciplinato dall'art. 22, l. n. 241/1990, e quello difensivo di cui all'art. 24, c. 7, si vedano anche le pronunce della Plenaria nn. 19, 20, 21 del 25 settembre 2020, commentate da M. Ricciardo Calderaro, *Diritto d'accesso e acquisizione probatoria processuale*, in questa *Rivista*, 2021.

[10] Oltre al problema dei controinteressati, vi è anche quello del rapporto tra il diritto d'accesso e i metodi di acquisizione probatoria nel processo civile: il primo può essere infatti utilizzato per ottenere documenti da produrre in giudizio aggirando il rispetto della normativa processuale. Si è tuttavia pronunciata a favore della complementarietà e della indipendenza dell'accesso e degli istituti processuali la Adunanza plenaria nelle sentenze citate alla nota precedente e nella più recente Cons. St., Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4; sul tema, v. M. Sica, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi e processo civile. Una nuova sentenza dell'adunanza plenaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 1412 ss.

[11] Si veda, per esempio, Cons. St., sez. V, 28 settembre 2012, n. 5132, secondo cui «il soggetto che subisce un procedimento di controllo o ispettivo ha un interesse qualificato a conoscere integralmente tutti i documenti utilizzati dall'amministrazione nell'esercizio del potere di vigilanza, compresi gli esposti e le denunce che hanno determinato l'attivazione di tale potere».

[12] Si veda, ancora, Cons. St., sez. V, 28 settembre 2012, n. 5132; più di recente, v. anche TAR Toscana, sez. I, 3 luglio 2017, n. 898.

[13] Si vedano TAR Toscana, sez. I, 3 luglio 2017, n. 898 e TAR Emilia Romagna - Bologna, sez. I, 3 agosto 2017, n. 584, dove si legge che l'«esposto, una volta pervenuto nella sfera di conoscenza dell'amministrazione, costituisce un documento che assume rilievo procedimentale come presupposto di un'attività ispettiva o di un intervento in autotutela, e di conseguenza il denunciante perde consapevolmente e scientemente il controllo e la disponibilità sulla propria segnalazione: quest'ultima, infatti, uscita dalla sfera volitiva del suo autore diventa un elemento del procedimento amministrativo, come tale nella disponibilità dell'amministrazione. La sua divulgazione, pertanto, non è preclusa da esigenze di tutela della riservatezza».

[14] In tal senso, v. TAR Emilia Romagna - Bologna, sez. I, 3 agosto 2017, n. 584: «Non può condividersi sul punto quanto affermato nella memoria della Regione circa la necessità che un documento possa considerarsi tale solamente se contenuto nell'ambito di un procedimento amministrativo: un documento è tale perché esistente tra gli atti dell'amministrazione regionale. L'atto di un privato inviato alla Regione ha fatto sì che una risposta ufficiale sia stata fornita, quindi una qualche attività amministrativa è stata generata a seguito della ricezione dell'esposto-mail».

[15] Si veda TAR Emilia Romagna - Bologna, sez. II, 17 ottobre 2018, n. 772: «[...] l'esposto presentato alla pubblica amministrazione, da cui trae origine una verifica, un'ispezione o altri procedimenti di accertamento di illeciti, non può essere oggetto di "accesso agli atti", poiché non è dalla conoscenza del nome del denunciante che dipende la difesa del denunciato»; analogamente, v. anche TAR Veneto, sez. III, 20 marzo 2015, n. 321.

[16] Per esempio, v. Cons. St., sez. III, 1 marzo 2021, n. 1717: «Pertanto, anche a voler prescindere dalla riservatezza dell'autore della segnalazione (che spesso è un dipendente del soggetto sottoposto ad attività ispettiva, soggetto, quindi, a rischio di ritorsione) emerge la sostanziale carenza di interesse alla conoscenza dell'autore dell'esposto: l'identificazione dell'autore della segnalazione, infatti, non è funzionale all'esigenza difensiva della società appellata». In tema di tutela della riservatezza dei lavoratori che hanno reso dichiarazioni in sede ispettiva, v. anche Cons. St., sez. VI, 24 novembre 2014, n. 5779.

[17] Si riporta per chiarezza il testo dell'art. 24, c. 7, l. n. 241/1990: «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. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

[18] Come noto, l'art. 60, d.lgs. n. 196/2003 stabilisce che «Quando il trattamento concerne dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente

rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale».

[19] Art. 6, par.1, Reg. (UE) 2016/679: «Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; 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, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore. La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti».

[20] Si veda in proposito F. Midiri, *GDPR e accesso ai documenti amministrativi*, in *Foro Amm.*, 12/2018, spec. 2229 («[...] il GDPR non fornisce indicazioni per determinare i limiti dell'accesso ai documenti amministrativi, neppure attraverso il riferimento alle prerogative del diritto di azione nella disciplina della *data protection*») e 2231 s. («[...] quando il trattamento dei dati personali contenuti in atti di rilievo pubblico avviene attraverso la funzione pubblica della garanzia dell'accesso ai documenti amministrativi – attraverso il quale l'amministrazione “comunica” i dati ed il privato li “consulta” – non soltanto può realizzarsi una graduazione nazionale della *data protection* europea, ma, addirittura, trova attuazione il rinvio integrale agli ordinamenti statali previsto dall'86 GDPR, a cui è rimessa la misura della protezione, salvo solo il principio di ragionevolezza nel contemperare opposte libertà fondamentali»). Analogamente, v. E. D'Alterio, *Protezione dei dati personali e accesso amministrativo: alla ricerca dell'“ordine segreto”*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2019, 9 ss.

[21] Sulla nuova disciplina v., tra altri, F. Pizzetti (a cura di), *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e Codice novellato*, Torino, 2021.

[22] Sui problemi posti all'attività delle pubbliche amministrazioni dall'interpretazione restrittiva di questa disposizione e sull'opportunità di intendere invece l'esecuzione di un compito di interesse pubblico come base giuridica di per sé valida per il trattamento di dati non sensibili, si vedano ampiamente i lavori di F. Francario, *Protezione dei dati personali e pubblica amministrazione e Disposizioni “urgenti” in materia di protezione dei dati personali. Brevi note sul trattamento dati per finalità di pubblico interesse*, entrambi in questa *Rivista*, 2021. In tema, v. anche F. Cardarelli, *Commento all'art. 2-ter, D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, in R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, 1012 ss.

[23] Il TAR non esplicita quale sia la condizione mancante nel caso di specie ma il riferimento potrebbe essere alle ipotesi previste dalle lettere d) e f) dell'art. 6 del GDPR, che consentono il trattamento, rispettivamente, per la salvaguardia degli «interessi vitali» del titolare dei dati o di altra persona fisica e per il «perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato». Tuttavia, guardando ai “considerando” del Regolamento, la prima ipotesi è riferita a casi particolarmente gravi come il controllo delle epidemie o le emergenze umanitarie (considerando n. 46); la seconda attiene invece principalmente gli interessi del titolare del trattamento (considerando nn. 47 e 48) e, soprattutto, non si applica all'attività delle pubbliche amministrazioni (art. 6, par. 1, c. 2).

[24] Sulla quale v. M. Sica, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi e processo civile*, cit., 1412 ss., che si occupa soprattutto dei rapporti tra diritto di accesso e strumenti di acquisizione probatoria nel processo civile; a commento della pronuncia, si vedano anche V. Mirra, *Accesso difensivo e riservatezza: due diritti in conflitto*, cit., 550 ss. e G. Delle Cave, *L'accesso difensivo post Adunanza Plenaria n. 4/2021 tra potere valutativo della P.A. e apprezzamento del giudice*, in questa *Rivista*, 2022.

[25] Cons. St., sez. III, 31 dicembre 2020, n. 8543, sulla quale v. I. Piazza, *Strumentalità dell'accesso difensivo e sindacato giurisdizionale: osservazioni alla luce della normativa sulla trasparenza*, cit.

[26] Questo rischio era già stato evidenziato da F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *Federalismi.it*, n. 10/2019, spec. 23.

[27] Nelle già richiamate (v. nota 9) pronunce dell'anno precedente nn. 19, 20, 21 del 2020, la Plenaria si era espressa sull'accesso difensivo e anche sul requisito della strumentalità, con rilievi però di carattere generale che hanno quindi giustificato una nuova rimessione.

[28] In proposito, v. F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, cit., 18 ss.

[29] Riguardo alle incertezze che permangono dopo la pronuncia della Plenaria, v. M. Sica, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi e processo civile*, cit., 1418 ss.

[30] Per una diversa possibile ricostruzione, tuttavia minoritaria, che in presenza di una forma di accesso che prescinde dai requisiti di legittimazione (cioè l'accesso civico generalizzato garantito a "chiunque") guardi soprattutto alla presenza di contro-limiti, sia consentito rinviare nuovamente a I. Piazza, *Strumentalità dell'accesso difensivo e sindacato giurisdizionale: osservazioni alla luce della normativa sulla trasparenza*, cit.

[31] In tal senso, v. la già citata sentenza Cons. St., sez. III, 1 marzo 2021, n. 1717, nonché la più risalente TAR Piemonte, 10 maggio 2012, n. 537

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2112 – 7 gennaio 2022

Legislazione regionale e disciplina della pianificazione urbanistica. Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale (nota a Corte cost., 28 ottobre 2021, n. 202)

di Giuseppe Andrea Primerano

Sommario: 1. Inquadramento. - 2. La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 40-*bis* della l. reg. Lombardia n. 12/2005. - 3. Intangibilità della funzione comunale di pianificazione urbanistica?

1. Inquadramento

La Corte costituzionale è di recente tornata a occuparsi del rapporto tra legislazione regionale e disciplina della pianificazione urbanistica con la sentenza n. 202 del 28 ottobre 2021. Il sindacato verte sulla normativa lombarda relativa al recupero edilizio degli immobili degradati e abbandonati di cui all'art. 40-*bis* della l. reg. 11 marzo 2005, n. 12, introdotto dalla l. reg. 26 novembre 2019, n. 18, recante misure di semplificazione e incentivazione per la rigenerazione urbana e territoriale^[i], nonché per il recupero del patrimonio edilizio esistente, nel testo previgente alle modifiche apportate dalla l. reg. 24 giugno 2021, n. 11^[ii].

Le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 40-*bis* citato sono state sollevate con tre analoghe ordinanze (nn. 371, 372 e 373 del 10 febbraio 2021) pronunciate dalla sezione II del Tar Lombardia nell'ambito di un giudizio promosso da due società, proprietarie di beni immobili situati nel Comune di Milano, concernente la delibera consiliare del 14 ottobre 2019 di approvazione definitiva del nuovo documento di piano e delle varianti del piano dei servizi e del piano delle regole costituenti il piano di governo del territorio. Gli edifici di cui trattasi

sono stati inseriti nell'elenco di quelli "abbandonati o degradati" e, come tali, sottoposti alla disciplina dell'art. 11 delle norme di attuazione del piano delle regole. Da ciò discende una grave limitazione del diritto di proprietà in ragione della previsione di termini stringenti per l'avvio dei lavori di recupero dei fabbricati e delle conseguenze in caso di inadempimento.

Le società ricorrenti contestano la portata applicativa della predetta disciplina asseritamente idonea a introdurre una fattispecie nella sostanza sanzionatoria ed espropriativa e, inoltre, la lesione dell'art. 40-*bis* della l. reg. Lombardia n. 12/2005 che pone differenti regole cui risultano subordinate le previsioni urbanistiche locali. A divergere sono sia i termini entro cui i proprietari devono attivarsi, sia il regime delle premialità edilizie e del reperimento di aree per servizi ed attrezzature pubbliche e di interesse pubblico o generale. In tale scenario, occorre osservare che l'art. 40-*bis* non opera solo *pro futuro*, ma riguarda anche gli immobili già qualificati come abbandonati o degradati^[iii].

Circa gli effetti dello *ius superveniens* rappresentato dalla l. reg. Lombardia n. 11/2021, poi, le modifiche sostanziali della normativa censurata innanzi alla Corte comunque non giustificano la rimessione degli atti al Giudice *a quo*, posto che le novazioni, da un lato, sono subordinate a una successiva delibera dell'ente locale, ossia una condizione non ancora realizzata, dall'altro lato è prevista, a norma dell'art. 40-*bis*, comma 11-*quinquies*, introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. m), della l. reg. Lombardia n. 11/2021, la persistente applicazione dell'originario art. 40-*bis* in relazione alle richieste di titolo abilitativo per il recupero degli immobili presentate prima dell'entrata in vigore della l. reg. n. 11/2021^[iv]. Resta, pertanto, valido il filtro di rilevanza e non manifesta infondatezza svolto dal Tar Lombardia.

Prima di affrontare le censure nel merito, la Corte costituzionale ha dovuto valutare ulteriori eccezioni di inammissibilità sintetizzabili nei seguenti termini.

In primo luogo, il Giudice *a quo* avrebbe omesso di esaminare prioritariamente il vizio di incompetenza del Comune di Milano ad adottare la disciplina di cui all'art. 11 delle suddette norme di attuazione, sì da eludere un principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con riferimento ai poteri amministrativi non ancora esercitati^[v]. Ad avviso della Corte, la censura in questione va, in realtà, declinata come violazione di legge e, precisamente, riguarda l'esercizio di un potere sanzionatorio in ambito urbanistico-edilizio non previsto dalla legge, in violazione dell'art. 23 Cost.^[vi].

In secondo luogo, la circostanza per cui l'atto impugnato potrebbe essere annullato per motivi diversi dalla violazione dell'art. 40-*bis* della l. reg. Lombardia n. 15/2005 non vale di per sé a inficiare il giudizio di rilevanza delle questioni di costituzionalità. L'ammissibilità dello scrutinio, infatti, dipende unicamente dal fatto che la norma censurata appaia necessaria per la definizione del giudizio, dovendosi prescindere dal "senso" degli ipotetici effetti derivanti da una pronuncia sulla costituzionalità della legge^[vii].

In terzo luogo, la Corte respinge l'eccezione sull'omesso tentativo di interpretazione conforme a Costituzione da parte del Giudice *a quo*, richiamando un consolidato indirizzo in base al quale la valutazione sulla condivisibilità dell'esito interpretativo raggiunto dall'autorità rimettente attiene al merito, ossia alla successiva verifica di fondatezza della stessa questione^[viii].

2. La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 40-bis della l. reg. Lombardia n. 12/2005

Nel merito, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 40-*bis* della l. reg. Lombardia n. 12/2005 introdotto *ex art.* 4, comma 1, lett. a), della l. reg. n. 18/2019 nel testo vigente prima dell'entrata in vigore della l. reg. n. 11/2021 – e in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87, del comma 11-*quinqüies* dell'art. 40-*bis* della l. reg. Lombardia n. 12/2005 introdotto *ex art.* 1, comma 1, lett. m), della l. reg. n. 11/2021 – nella parte in cui compromette la pianificazione urbanistica comunale concepibile quale funzione amministrativa fondamentale ai sensi dell'art. 14, comma 27, lett. d), del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, che il legislatore statale ha emanato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. p), Cost.

Tale funzione è stata riservata ai comuni in quanto enti di prossimità fin dalla l. 25 giugno 1865, n. 2359, sulle espropriazioni per causa di pubblica utilità, che agli artt. 86 ss. aveva tipizzato il piano regolatore edilizio e il piano di ampliamento: il primo riguardante i centri abitati e il secondo le zone inedificate^[ix]. Il sostanziale fallimento del sistema di pianificazione a cascata delineato dalla l. 17 agosto 1942, n. 1150, l'incapacità di riuscire ad approvare una riforma urbanistica in grado di incidere effettivamente sul regime dei suoli^[x], la fuga in avanti della legge Bucalossi prontamente arginata dalla Consulta^[xi], lo *spill over* delle tutele di settore e l'avvertita esigenza di innalzare l'asticella della sussidiarietà, ossia di riallocare a livello statale la protezione di taluni interessi indotto da lacune derivanti dall'esperienza regionalista^[xii], rappresentano dati che non hanno travolto il suddetto presupposto di fondo, il quale non è stato neppure intaccato dalla più ampia concezione dell'urbanistica accolta dalla giurisprudenza amministrativa^[xiii]. In virtù dei principi di sussidiarietà verticale, differenziazione e adeguatezza, d'altronde, è gioco-forza ammettere che l'autodeterminazione comunale sull'assetto e l'utilizzazione degli ambiti urbani non può mai essere vanificata dalla potestà legislativa regionale^[xiv].

Simili argomenti non risultano, invero, sconfessati dalla sentenza in nota, la quale afferma l'incostituzionalità del citato art. 40-*bis* per violazione degli artt. 5, 117, comma 2, lett. p), e 118, commi 1 e 2, Cost. L'alterazione dell'equilibrio che deve sussistere tra esercizio delle competenze regionali e salvaguardia dell'autonomia comunale, ad avviso della Corte, nella fattispecie emerge sotto più angolazioni.

Il riconoscimento di una consistente quota di diritti edificatori – in misura oscillante tra il 20 e il 25 per cento rispetto al manufatto insediato – a chi intraprende interventi di recupero degli immobili dismessi, cui si accompagna l'esenzione generalizzata del reperimento degli standard, nonché l'indiscriminata previsione di deroghe alle norme quantitative, morfologiche, sulle tipologie di intervento e sulle distanze previste dagli strumenti urbanistici costituiscono indici rivelatori dell'illegittimità della norma censurata, idonea a provocare un significativo aumento del carico urbanistico e della pressione insediativa «che per certi aspetti potrebbe risultare poco coerente con le finalità perseguite dalla stessa legge regionale»^[xv]. La Consulta sembra quasi constatare una dissociazione tra obiettivi enunciati in linea di principio, quale il contenimento del consumo di suolo attraverso la rigenerazione urbana^[xvi], e misure preordinate al loro raggiungimento.

La lesione del potere di pianificazione urbanistica, peraltro, discende dall'impossibilità per i comuni con popolazione superiore a 20.000 abitanti^[xvii] di influire sull'applicazione delle

misure incentivanti e delle deroghe introdotte in via legislativa, le quali non risultano assoggettate a termini di efficacia e, quindi, si prestano a «comprimere in modo stabile il potere pianificatorio comunale»^[xviii]. Anche per questa via, osserva conclusivamente la Corte, è possibile ricavare come l'art. 40-*bis* della l. reg. Lombardia n. 12/2005 faccia scadere i comuni a meri esecutori di scelte pianificatorie assunte a livello regionale, in violazione della loro autonomia presidiata dagli artt. 117, comma 1, lett. p), 5 e 118, commi 1 e 2, Cost.

3. Intangibilità della funzione comunale di pianificazione urbanistica?

Si può pertanto attestare l'intangibilità della funzione comunale di pianificazione urbanistica? Laddove ci si limitasse a una lettura superficiale della sentenza n. 202/2021 si potrebbe rispondere in senso affermativo. In realtà, il quesito presuppone un approfondimento della giurisprudenza costituzionale incaricata, nell'incerto scenario risultante dalla riforma del Titolo V della Costituzione, di trovare un punto di equilibrio tra regionalismo e municipalismo in materia urbanistica.

In tale prospettiva, in nome della tutela di interessi correlati a una più ampia valutazione di bisogni diffusi sul territorio^[xix], la Corte ha affermato che l'autonomia comunale «non implica una riserva intangibile di funzioni, né esclude che il legislatore competente possa modulare gli spazi dell'autonomia municipale»^[xx]. In sostanza, non si può ritenere 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»^[xxi].

La vera questione, come si intuisce, concerne la verifica dei parametri da assumere come coordinate per far coesistere ambiti di autonomia regionale e municipale nella materia *de qua*. È possibile individuarne almeno due.

Il primo parametro attiene al “test di proporzionalità” il quale non deve tanto considerarsi come giudizio astratto in ordine alla legittimità dell'intervento regionale, quanto invece come concreta valutazione della «esistenza di esigenze generali che possano ragionevolmente giustificare disposizioni legislative limitative delle funzioni già assegnate agli enti locali»^[xxii]. Per tornare al caso sottoposto alla Corte, il tema non è tanto appurare se il legislatore regionale possa dettare norme sulla rigenerazione urbana – riconducibile alla competenza concorrente in materia di governo del territorio – ma, piuttosto, valutare se l'esercizio di una simile potestà garantita dall'art. 117, comma 3, Cost. incida in misura ragionevole, ossia rispettando la soglia dell'adequazione e della necessità^[xxiii], sul potere di pianificazione urbanistica.

Ciò nella fattispecie viene escluso, in senso analogo a quanto accaduto nella precedente occasione che ha condotto alla declaratoria di incostituzionalità^[xxiv] 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 di governo del territorio. Anche in quell'occasione il giudizio della Corte si è posto al crocevia tra regionalismo e municipalismo nel rinnovato sistema costituzionale non riguardando, di per sé, l'allocazione della funzione

legislativa regionale, ma il relativo esercizio inidoneo a superare il test di proporzionalità rispetto alla tipologia degli interessi coinvolti^[xxv].

Il secondo parametro è quello del “raccordo collaborativo”. In ossequio al principio di leale cooperazione istituzionale, ai comuni deve essere garantita la possibilità di interloquire con il livello di governo superiore ove una scelta di quest’ultimo sia idonea a interferire con una funzione come quella di pianificazione urbanistica.

È emblematico, in tal senso, il seguente passo della pronuncia in nota: «ai Comuni [lombardi] non è attribuita alcuna possibilità di influire sull’applicazione delle misure incentivanti, sia perché ad essi (ove abbiano una popolazione superiore a 20.000 abitanti) non è attribuita alcuna “riserva di tutela” rispetto ad ambiti del proprio territorio ritenuti meritevoli di una difesa rafforzata del paesaggio, sia perché, ancora prima, la scelta di intervenire con legge regionale li ha ulteriormente privati di qualsiasi compensazione procedurale (quale, in ipotesi, si sarebbe potuta avere in sede di interlocuzione nel corso della procedura di adozione del piano di governo del territorio, ovvero all’atto della pianificazione regionale), con l’effetto di estromettere tali Enti dalle decisioni riguardanti il proprio territorio»^[xxvi].

Come si è condivisibilmente osservato, l’operatività dei principi di adeguatezza e differenziazione, che si affiancano a quello di sussidiarietà verticale, il quale non vale di per sé a privilegiare i livelli di governo locale^[xxvii], rappresentano momenti di concretizzazione del principio di pianificazione^[xxviii]. Il rispetto di tali principi e la previsione, complementare, di moduli di raccordo intersoggettivo in grado di prevenire situazioni di conflitto o, comunque, di scarsa conoscibilità delle scelte pianificatorie da parte di enti diversi dall’amministrazione di riferimento^[xxix], contribuiscono a delineare le regole volte all’individuazione del punto di equilibrio tra regionalismo e municipalismo in materia urbanistica.

Le disposizioni legislative regionali censurabili sono quelle che prefigurano un assetto idoneo a inficiare oltre quanto necessario la funzione pianificatoria dei comuni, di fatto, privandoli del potere di pervenire a scelte razionali rispetto al programma di sviluppo ideato con i propri strumenti urbanistici^[xxx]. La giurisprudenza costituzionale non esclude limitazioni ragionevoli di funzioni, sia pure fondamentali, assegnate agli enti locali e il principio di pianificazione, in un contesto di leale cooperazione istituzionale, va sempre calibrato ai risultati che la pubblica amministrazione è chiamata a perseguire anche in ambito urbanistico^[xxxi].

[i] Cfr. P. Lombardi, *Il governo del territorio in Lombardia dopo la l.r. n. 18/2019: tra rigenerazione urbana e territoriale e consumo del suolo*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. III, Napoli, 2020, 3079 ss., sulle nozioni di “rigenerazione urbana” – da intendersi come «insieme coordinato di interventi urbanistico-edilizi e di iniziative sociali (...) in un’ottica di sostenibilità e di resilienza ambientale e sociale, di innovazione tecnologica e di incremento della biodiversità dell’ambiente urbano» (lett. e) – e “rigenerazione territoriale” – consistente in un «insieme coordinato di azioni, generalmente con ricadute sovralocali, finalizzate alla risoluzione di situazioni di degrado urbanistico, infrastrutturale, ambientale, paesaggistico o sociale» volte a «prevenire conseguenze negative per la salute umana, gli ecosistemi e le risorse naturali» (lett. e-bis) – ai sensi dell’art. 2 della l. reg. Lombardia n. 31/2014, s.m.i. L’A. si sofferma sui concetti di “sostenibilità”, “resilienza” e, più in generale, sulla dimensione sociale nei processi di rigenerazione, in relazione ai quali, a livello monografico, si veda A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, Napoli, 2018.

[ii] L'art. 40-*bis* della l. reg. Lombardia n. 12/2005 recante «disposizioni relative al patrimonio edilizio dismesso con criticità», come modificato dalla l. reg. n. 11/2021, presenta sicuro interesse nell'ambito della normativa lombarda sulla rigenerazione urbana. Spetta ai comuni, con delibera consiliare da adottare entro la data del 31 dicembre 2021 suscettibile di aggiornamento, individuare gli immobili dismessi da almeno un anno dall'entrata in vigore della l. reg. n. 11/2021 (nella delibera si possono includere gli immobili già individuati come abbandonati e degradati negli strumenti urbanistici) che causano criticità per uno o più dei seguenti aspetti: salute, sicurezza idraulica, problemi strutturali che ne pregiudicano la sicurezza, inquinamento, degrado ambientale, urbanistico-edilizio e sociale. Nei successivi tre anni, i proprietari di tali immobili sono tenuti ad attivarsi ai fini del recupero. Le ragioni della predetta individuazione vanno notificate ai proprietari prima della delibera, affinché questi ultimi, entro trenta giorni, possano dimostrare la carenza dei presupposti richiesti dalla norma. Tramite perizia asseverata giurata, inoltre, i privati possono indicare elementi utili ai fini dell'applicazione dell'art. 40-*bis*: decorso il termine di sessanta giorni, la loro istanza si intende approvata. I consigli comunali, entro la medesima data sopra menzionata, possono individuare – a prescindere dal numero degli abitanti (v. *infra*) – gli ambiti del proprio territorio «ai quali non si applicano le disposizioni di cui ai commi 5, 6 e 10 del presente articolo, in relazione a motivate ragioni di tutela paesaggistica, comunque ulteriori rispetto a eventuali regole morfologiche previste negli strumenti urbanistici, che nel concreto dimostrino l'insostenibilità degli impatti generati da tali disposizioni rispetto al contesto urbanistico ed edilizio in cui si collocano gli interventi», fermo restando che «non è comunque consentita l'esclusione generalizzata delle parti di territorio ricadenti nel tessuto urbano consolidato o comunque urbanizzato». I commi dell'art. 40-*bis* poc'anzi citati prevedono incentivi agli interventi di recupero che vanno dal riconoscimento di diritti edificatori (commi 5 e 6) a deroghe alle norme quantitative, morfologiche, sulle tipologie di intervento, sulle distanze previste dagli strumenti urbanistici comunali vigenti e adottati ed ai regolamenti edilizi (comma 10).

[iii] Vedi il punto 4.1 del Considerato in diritto della sentenza in nota.

[iv] Vedi il punto 8.2 del Considerato in diritto della sentenza in nota.

[v] Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, con nota di 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., e di A. Travi, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, III, 286 ss.

[vi] «Non può quindi ritenersi manifestamente implausibile o incongrua la scelta del rimettente di modificare l'ordine di trattazione dei motivi di ricorso (sentenze n. 120 del 2019 e n. 188 del 2018), dando rilievo assorbente al contrasto con la disciplina legislativa, in quanto idoneo a determinare l'annullamento in toto delle norme regolamentari di piano e quindi "la più radicale illegittimità dedotta"» (Corte cost. n. 202/2021).

[vii] Cfr. Corte cost., 9 febbraio 2021, n. 15.

[viii] Cfr., *ex multis*, Corte cost., 12 luglio 2021, n. 150; Id., 5 maggio 2021, n. 89; Id., 9 marzo 2021, n. 32.

[ix] Per l'esattezza già la l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, aveva riservato ai consigli comunali il potere di adottare «regolamenti di igiene, edilizia e polizia locale» (art. 87). Dei regolamenti edilizi, ai sensi dell'art. 70, n. 3, del r.d. 8 giugno 1865, n. 2321, potevano essere oggetto «i piani regolatori dell'ingrandimento e di livellazione, o di nuovi allineamenti delle vie, piazze o passeggi pubblici».

[x] Naufragata la proposta (1962) di Fiorentino Sullo di “parificare” le posizioni proprietarie attraverso una riserva al Comune di tutte le aree di espansione, da concedere ai privati solo in diritto di superficie, l’ultimo tentativo di riforma organica del sistema di pianificazione urbanistica è rappresentato dalla l. 6 agosto 1967, n. 765 (legge ponte), sulla cui base sono stati adottati gli standard disciplinati con d.m. 2 aprile 1968, n. 1444.

[xi] Il riferimento si intende effettuato alla concessione edilizia disciplinata dalla l. 28 gennaio 1977, n. 10, e alla sentenza della Consulta n. 5 del 30 gennaio 1980, in base alla quale «il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà e alle altre situazioni che comprendono la legittimazione a costruire».

[xii] A partire dalla l. 8 agosto 1985, n. 431, di conversione del d.l. 27 giugno 1985, n. 312, meglio nota come legge Galasso, la tutela degli interessi c.d. sensibili si è espansa in modo direttamente proporzionale alla crisi dell’urbanistica (di “supplenza” delle tutele di settore parla P. Carpentieri, *Il “consumo” del territorio e le sue limitazioni. La “rigenerazione urbana”*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2020, 11). Per quanto, in particolare, concerne la tutela paesaggistica, la sua impronta unitaria è stata anche di recente valorizzata dalla sentenza della Corte costituzionale che ha annullato il piano paesistico della Regione Lazio approvato con del. 2 agosto 2019, n. 5, del consiglio regionale senza il previo coinvolgimento del Mibact, donde la lesione del principio di leale collaborazione (Corte cost., 17 novembre 2020, n. 240).

[xiii] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 9 maggio 2018, n. 2780; Id., 18 agosto 2017, n. 4037; Id., 10 maggio 2012, n. 2710.

[xiv] Cfr. Corte cost., 8 aprile 1997, n. 83.

[xv] Corte cost. n. 202/2021.

[xvi] Alla l. reg. Lombardia n. 18/2019 si devono pure alcune modifiche e integrazioni alla l. reg. Lombardia 28 novembre 2014, n. 31, recante «disposizione per la riduzione del consumo di suolo e per la riqualificazione del suolo degradato», i cui contenuti, sotto il profilo del contrasto all’impermeabilizzazione di tale risorsa naturale produttiva di servizi ecosistemici, sono stati valorizzati da A. Calegari, *Le leggi regionali sul consumo di suolo*, in P. Stella Richter (a cura di), *Verso le leggi regionali di quarta generazione*, Milano, 2019, 191 ss. Cfr., inoltre, P. Chirulli, *La pianificazione urbanistica tra esigenze di sviluppo e riduzione del consumo di suolo: la riqualificazione dell’esistente*, in *Riv. giur. urb.*, 2015, 606 ss.

[xvii] Merita al riguardo ricordare che il disposto dell’art. 40-*bis* della l. reg. Lombardia n. 12/2005 è stato oggetto di modifiche ad opera dell’art. 1 della l. reg. n. 11/2021, in base al quale ha assunto rilievo l’attribuzione a tutti i comuni – non più soltanto a quelli con popolazione inferiore a 20.000 abitanti – della facoltà di individuare gli ambiti del proprio territorio ai quali non si applicano le disposizioni di cui ai commi 5, 6 e 10 dell’art. 40-*bis*.

[xviii] Così sempre Corte cost. n. 202/2021, la quale rileva l’unica e circoscritta eccezione dell’incremento dei diritti edificatori riconosciuto dall’art. 40-*bis*, comma 5, ult. per., della l. reg. Lombardia n. 12/2005 ai proprietari degli immobili in caso di demolizione applicabile per un periodo massimo di dieci anni dalla data di individuazione del bene come dismesso.

[xix] Si veda già Corte cost., 27 luglio 2000, n. 378.

[xx] Corte cost., 7 luglio 2016, n. 160.

[xxi] Corte cost., 27 dicembre 2018, n. 245, in linea a Corte cost., 13 marzo 2014, n. 46.

[xxii] Corte cost., 30 luglio 1997, n. 286.

[xxiii] Si veda Corte cost., 23 giugno 2020, n. 119: «nelle delicate verifiche di funzionamento del principio di sussidiarietà verticale tra l’autonomia comunale e quella regionale, il giudizio di proporzionalità deve riguardare i singoli assetti normativi, nel loro peculiare e mutevole equilibrio». Nel caso di specie, la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 64 della l. reg. Veneto 30 dicembre 2016, n. 30, in quanto «gli interventi in deroga che la norma stessa consente, da un lato, soddisfano interessi pubblici di dimensione sovracomunale, dall’altro (...) non comprimono l’autonomia comunale oltre la soglia dell’adeguatezza e della necessità».

[xxiv] Corte cost., 31 luglio 2019, n. 179.

[xxv] La sottrazione, sia pure temporanea, ai comuni della potestà pianificatoria, anziché apparire il “minimo mezzo” per raggiungere gli obiettivi delineati a livello regionale, innanzitutto quello di riduzione del consumo di suolo, appare contraddittoria agli stessi: la rigidità della norma censurata, secondo la Corte, 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» (Corte cost. n. 179/2019).

[xxvi] Corte cost. n. 202/2021, che sul punto richiama Corte cost., 26 novembre 2002, n. 478.

[xxvii] Si veda M. Renna, *L'allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 151, il quale osserva che «applicare il principio di sussidiarietà, invero, non significa affatto privilegiare incondizionatamente i livelli di governo locali nella distribuzione delle competenze (...). Il principio di sussidiarietà verticale ha in realtà una valenza intrinsecamente e fisiologicamente ambivalente, poiché, a seconda dell'ampiezza e della consistenza delle funzioni che devono essere conferite, la sua applicazione può sospingere dette funzioni sia "verso il basso" che "verso l'alto"».

[xxviii] P.L. Portaluri, *Il principio di pianificazione*, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 468.

[xxix] In tal senso v. ancora P.L. Portaluri, *Il principio di pianificazione*, cit., 469.

[xxx] Sulla portata del principio di pianificazione urbanistica, da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 2021, n. 2999, secondo cui compete ai comuni non solo l'individuazione delle potenzialità edificatorie delle aree, ma in termini più generali «la possibilità di realizzare anche finalità economico-sociali della comunità locale (non in contrasto ma anzi in armonico rapporto con analoghi interessi di altre comunità territoriali, regionali e dello Stato) nel quadro di rispetto e positiva attuazione di valori costituzionalmente tutelati».

[xxxi] Cfr. M. Immordino - A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2372 – 16 giugno 2022

Ancora sulle tutele dell'interesse al (tempestivo) esercizio di poteri a carattere vincolato (nota a Tar Lazio, Roma, Sez. III, 2 maggio 2022, n. 5419)

di Marco Ragusa

Sommario: 1. La fattispecie - 2. Semplicità dell'accertamento e potere vincolato: i motivi dell'accoglimento della domanda di adempimento - 3. Potere vincolato e struttura dell'illecito: i motivi del rigetto della domanda risarcitoria - 4. Brevi conclusioni.

1. La fattispecie

La sentenza che si annota ha definito il giudizio instaurato da una cittadina brasiliana, proprietaria di un apparecchio a motore per il volo da diporto o sportivo (VDS), la quale, presentata (circa quattro mesi prima del deposito del ricorso al Tar) un'istanza volta all'iscrizione del mezzo nel registro tenuto dall'Aero Club d'Italia (Ae.C.I.)^[1] e al rilascio del certificato di identificazione e della targa^[2], aveva visto decorrere infruttuosamente i trenta giorni entro i quali il procedimento avrebbe dovuto essere concluso.

Un mese dopo la scadenza di questo termine, l'interessata aveva domandato all'Ae.C.I. l'attivazione dei poteri sostitutivi per l'adozione del provvedimento e la liquidazione di un indennizzo ai sensi dell'art. 2 *bis*, c. 1 *bis*, l. n. 241/1990.

Trascorsi altri quindici giorni (termine per provvedere differito *ex art. 2, c. 9 ter*, l. proc.), tuttavia, il Direttore generale dell'ente, non definendo il procedimento, si era limitato a richiedere un parere al Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili in merito alla

possibilità di procedere alla iscrizione nel registro di un apparecchio VDS appartenente a un cittadino di un Paese extra-Ue.

Con ricorso *ex* artt. 31 e 117 c.p.a., l'interessata ha così agito innanzi al Tar, chiedendo la condanna dell'amministrazione sia alla conclusione del procedimento con l'adozione di un provvedimento assentivo (art. 31, c. 3, c.p.a.), sia al risarcimento del danno da ritardo (art. 2 *bis* l. n. 241/1990).

La pronuncia in commento accoglie integralmente la prima domanda e respinge, invece, quella risarcitoria.

Nonostante la semplicità dei fatti oggetto di giudizio (intorno ai quali la motivazione non dà peraltro notizia di alcuna contestazione *inter partes*), gli stessi sembrano valutati in modo radicalmente differente da ciascuno dei capi della sentenza: su questo duplice criterio di lettura si concentrano le brevi notazioni che seguono.

2. Semplicità dell'accertamento e potere vincolato: i motivi dell'accoglimento della domanda di adempimento

I presupposti necessari per l'iscrizione nel registro degli apparecchi VDS sono (indirettamente) elencati dall'art. 7, c. 3, d.p.R. n. 133/2010, mediante l'enumerazione degli allegati che gli interessati devono porre a corredo della propria istanza: una documentazione fotografica idonea a identificare il modello del velivolo, un'autocertificazione del proprietario che attesti la conformità del mezzo a uno dei tipi di cui alla l. n. 106/1985[3], alcuni ulteriori documenti tecnici nel caso in cui sia richiesta l'iscrizione dell'apparecchio come "avanzato" (art. 8 d.p.R. cit.).

Ai sensi del comma 4 dell'art. 7 cit., l'Ae.C.I. deve provvedere all'iscrizione (e rilasciare all'istante il certificato di identificazione e la targa) a seguito di un semplice accertamento di "regolarità" della documentazione presentata, potendo poi lo stesso verificare, "in qualsiasi momento, la conformità tra la dichiarazione del proprietario dell'apparecchio e le caratteristiche oggettive dello stesso".

Si è in presenza, insomma, di una fattispecie normativa che ingloba all'interno di una struttura procedimentale ordinaria alcuni elementi tipici di modelli non-provvedimentali, quali le dichiarazioni, denunce o segnalazioni certificate di inizio attività.

In primo luogo, infatti, la legge dispensa l'amministrazione (in deroga al principio di completezza dell'istruttoria e all'art. 6, c. 1, lett. *b*) l. n. 241/1990) da un esaustivo accertamento dei fatti che costituiscono i presupposti per l'iscrizione: a tenere luogo (almeno interinalmente) di tale accertamento sono le dichiarazioni e la documentazione fornite dal privato in sede di presentazione dell'istanza. In secondo luogo, anche a seguito della conclusione del procedimento (e dunque dell'avvenuta produzione di effetti nella sfera giuridica del destinatario), l'amministrazione può svolgere ulteriore attività istruttoria e rivedere la propria decisione senza necessità di fare ricorso ad atti di secondo grado.

Può, certo, escludersi che il descritto procedimento e il relativo provvedimento siano in astratto surrogabili tramite una dichiarazione o una segnalazione certificata di inizio attività.

Ma tale infungibilità non deriva tanto da una sostanziale differenza tra il tipo di presupposti richiesti dalla legge per l'iscrizione nel registro VDS e quelli propri dei *topoi* provvedimentali contemplati, innanzitutto, dal comma 1 dell'art. 19 l. proc.: anche quella dell'art. 7 d.p.R. n. 133/2010 è una fattispecie in cui il potere attribuito dalla legge all'amministrazione ha carattere interamente vincolato, poiché l'iscrizione è esclusivamente subordinata all'accertamento "di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale" e per essa non è previsto "alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale"^[4].

Più semplicemente, la infungibilità tra il procedimento di cui all'art. 7 cit. e uno dei richiamati schemi non-provvedimentali risiede nella circostanza che, perché possa circolare, un apparecchio VDS iscritto in registro deve altresì essere munito di una targa (art. 7, c. 5) e a bordo deve essere custodito il certificato di identificazione rilasciato dall'amministrazione (art. 7, c. 7).

L'attività che l'interessato è abilitato a svolgere al termine del procedimento (l'adibizione del suo apparecchio alla circolazione aerea: art. 7, c. 1) deriva, insomma, da un adempimento dell'Ae.C.I. che consiste sì, in parte, in una prestazione di *facere* (l'iscrizione al registro), ma per altra parte ha a oggetto un *dare* (la consegna del certificato e della targa metallica), prestazione a cui l'interessato non potrebbe supplire con dichiarazione, segnalazione o certificazione alcuna.

Per il resto, il tipo di presupposti elencati dall'art. 7, c. 3, d.p.R. n. 133/2010 e il fatto che il loro accertamento d'ufficio sia previsto solo in via eventuale e differita (essendo sufficiente, in prima battuta, la verifica di "regolarità" della domanda presentata del privato) attestano una sostanziale corrispondenza tra l'iscrizione nel registro VDS e il tipo di provvedimenti dei quali l'art. 19, in ragione del carattere integralmente vincolato, consente una sostituzione tramite s.c.i.a..

Se ciò è vero, non pare che la soluzione adottata dal TAR potesse essere differente.

Per quanto, infatti, il potere di pronunciare sulla fondatezza dell'istanza, ai sensi dell'art. 31, c. 3, c.p.a. sia talora esercitato dal giudice amministrativo con estrema cautela (quasi che, anche a fronte di attività vincolata, la condanna all'adempimento prevista dalla norma costituisca una mera facoltà^[5]), non può ignorarsi come questa ritrosia a predeterminare in sede giudiziale il contenuto del provvedimento amministrativo sia fondata su una sistematica, su opzioni interpretative e su concrete preoccupazioni che poco o nulla hanno a che vedere con la fattispecie in esame.

Ci si riferisce, in particolare, all'indirizzo, diffuso in giurisprudenza, secondo cui, se "l'adozione della determinazione conclusiva richiede il previo svolgimento di adempimenti istruttori da parte dell'Amministrazione"^[6], alla sentenza che definisce il giudizio avverso il silenzio sarebbe precluso disporre intorno alla fondatezza dell'istanza: principio talora applicato dal giudice amministrativo in difetto di una previa indagine (e di una congrua motivazione) sulla natura dell'adempimento istruttorio che la specifica azione *ex art. 31, c. 3*, richiederebbe (prescindendo, cioè, dal fatto che l'attività procedimentale ancora ineseguita

da parte della P.A. consista in una valutazione discrezionale – pura o tecnica – o in un mero accertamento di presupposti fattuali) [7].

In questi casi, il (pur criticabile) indirizzo richiamato muove, sul piano sistematico, dal presupposto di una sostanziale eterogeneità tra accertamento amministrativo e accertamento giudiziale[8]; sul piano interpretativo, esso antepone il divieto di cui all'art. 34, c. 2, c.p.a. alla lettera dell'art. 31, c. 3 (e dell'art. 34, c. 1, lett. b)) [9]; sul piano pragmatico, avverte il rischio di fare del processo (anziché del procedimento) la sede per lo svolgimento di adempimenti istruttori che, ancorché non discrezionali, possono rivelarsi complessi[10].

Nella fattispecie risolta dal Tar Lazio, all'evidenza, nessuno di questi ostacoli concettuali avrebbe potuto condurre alla dichiarazione di inammissibilità della domanda di condanna *ex art.* 31, c. 3, c.p.a..

Non quello di carattere sistematico, perché la fungibilità tra accertamento amministrativo e auto-dichiarazione del privato, presupposta dall'art. 7 d.p.R. n. 133/2010, fuga (almeno per transitività) ogni possibile dubbio sulla surrogabilità al primo di un accertamento disposto dal giudice.

Non quello di carattere interpretativo, poiché la condanna all'iscrizione dell'apparecchio al registro VDS non intacca la titolarità in capo alla P.A. di “poteri amministrativi non ancora esercitati” (art. 34, c. 2, c.p.a.), giusto il disposto dell'art. 7, c. 4 cit. che consente all'Ae.C.I., anche successivamente all'iscrizione (e senza previsione di termini analoga a quella dell'art. 19, c. 3, l. n. 241/1990), di accertare la conformità tra le dichiarazioni del proprietario e le effettive caratteristiche dell'aeromobile e, quindi, di esercitare i “poteri amministrativi” consequenziali.

Non, infine, quello di carattere pragmatico, poiché l'ordine di procedere all'iscrizione potrebbe essere disposto dal giudice senza necessità di alcun approfondimento istruttorio degno di nota, ma sulla base della semplice verifica di “regolarità” di documenti e dichiarazioni allegati all'istanza (unico accertamento a cui l'art. 7 subordina l'esercizio del potere amministrativo): e ciò pare abbia fatto nella specie il Tar, la cui sentenza non dà conto dell'espletamento di verificazioni, consulenze tecniche, o altri mezzi istruttori.

Il provvedimento di cui la sentenza in commento ordina l'emanazione si iscrive, in altri termini, in quel nucleo minimo di atti vincolati per i quali negare l'applicabilità dell'art. 31, c. 3, c.p.a. equivarrebbe a una *interpretatio abrogans* della norma[11]. All'interno degli (angusti) limiti tracciati dalla specialità di fattispecie quali quella in esame[12], infatti, anche gli orientamenti più limitativi del potere del giudice amministrativo di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza non potrebbero condurre a una dichiarazione di inammissibilità dell'azione se non privando di significato quell'espresso riferimento alla “attività vincolata” che, nella norma, rappresenta un presupposto distinto dalla non necessarietà di “adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione”[13].

E di ciò mostra implicitamente consapevolezza la motivazione, che si dilunga in (più e meno puntuali) precisazioni sugli specifici caratteri della fattispecie, quasi a giustificare, oltre ogni dubbio, la pronuncia di condanna all'adempimento disposta.

Afferma, infatti, la sentenza che l'iscrizione nel registro VDS (come il rilascio del certificato di identificazione e della targa) non sarebbe sussumibile nel *genus* delle autorizzazioni, rappresentando piuttosto un "mero accertamento costitutivo"^[14]; all'interno di questa categoria, il provvedimento si caratterizzerebbe per avere a oggetto "un accertamento "*in rem*"[...] scevro da discrezionalità"^[15], il quale integra un "atto dovuto, subordinato al mero accertamento della regolarità della documentazione a corredo dell'istanza"^[16]. Per tali caratteristiche, afferma il Tar, il provvedimento che dispone l'iscrizione al registro e il rilascio di certificato e targa dell'apparecchio si distinguerebbe dall'attestato di idoneità al pilotaggio contemplato dall'art. 11 dello stesso d.p.R. n. 133/2010, il quale invece "postula una valutazione "*in personam*", demandata all'Aeroclub d'Italia in ordine ai requisiti dell'aspirante pilota, e costituisce oggetto di un provvedimento discrezionale"^[17].

Argomenti, questi, senz'altro sovrabbondanti e, a ben guardare, non condivisibili, se è vero che un "mero accertamento" può costituire il presupposto per l'adozione di provvedimenti pacificamente qualificabili come "autorizzazioni" (macro-categoria di atti a carattere ampliativo di cui quella individuata in sentenza costituisce piuttosto una *species*) e che lo specifico oggetto di un accertamento (si tratti di *res* o *personae*) non trae con sé un differente statuto giuridico del potere che per suo tramite è esercitato^[18]: lo stesso art. 11 d.p.R. n. 133/2010 – richiamato, per contrapposizione all'art. 7, in sentenza – non pare del resto attribuire all'amministrazione alcuna discrezionalità (se non per la diversa ipotesi di abilitazione al volo in formazione, per il cui rilascio è previsto il superamento di un esame: art. 11 cit., c. 14).

Il rilievo secondo cui l'art. 7 d.p.R. n. 133/2010 non consente accertamenti "*in personam*", nulla aggiunge insomma al carattere vincolato del provvedimento e alla possibilità per il giudice di emanare una pronuncia di condanna *ex art.* 31, c. 3, c.p.a.: tale puntualizzazione, piuttosto, potrebbe acquisire importanza nella ricostruzione delle modalità attraverso cui, *de facto*, si è prodotta l'inerzia provvedimentoale dell'amministrazione. Quest'ultima, infatti, senza ricercare alcun appiglio nella norma attributiva del potere^[19], ha mostrato di ritenere (prima informalmente^[20] e poi mediante la richiesta di un parere ministeriale) che la cittadinanza brasiliana posseduta dalla ricorrente potesse ostare all'emissione del provvedimento richiesto e sulla scorta di questa (tanto gratuita, quanto erronea) convinzione si è astenuta dal provvedere.

La considerazione della superfluità dell'attività istruttoria posta in essere dall'Ae.C.I., in sintesi, sarebbe apparsa senz'altro più pertinente all'interno del secondo capo della sentenza, relativo alla pretesa risarcitoria: ma qui, come subito si vedrà, essa è stata in parte trascurata e, per altra parte, ha assunto un valore diametralmente opposto a quello cui or ora si è accennato.

3. Potere vincolato e struttura dell'illecito: i motivi del rigetto della domanda risarcitoria

Il commercio di apparecchi VDS (classe a cui pacificamente appartiene il deltaplano biposto a motore di cui la ricorrente aveva richiesto l'iscrizione in registro) è in Italia un'attività libera.

Chiunque può acquistare un siffatto mezzo aereo ma, da proprietario, non può godere del proprio bene, adibendolo alla circolazione a cui esso è destinato, se non ottenendo la previa iscrizione nel relativo registro, il certificato di identificazione e la targa (art. 7, c. 1, d.p.r. n. 133/2010).

L'iscrizione ha, inoltre, un riflesso sulle facoltà di disposizione del proprietario, in quanto – sebbene la disciplina applicabile in materia sia derogatoria (e senz'altro meno formale e rigorosa) rispetto a quella dettata dal Codice della Navigazione (artt. 749 ss. e 861 ss.) in materia di immatricolazione degli aeromobili e di trascrizione sul registro aeronautico nazionale, tenuto dall'ENAC – sul registro VDS sono annotati i passaggi di proprietà degli apparecchi (art. 7, c. 8, d.p.R n. 133/2010).

Nessun dubbio, dunque, che la mancata conclusione del procedimento amministrativo da parte dell'Ae.C.I. rappresenti, sul piano materiale, una condotta idonea a produrre un danno all'interesse dell'istante: alla stregua dell'omessa consegna di un bene oggetto di compravendita da parte del venditore, infatti, la mancata iscrizione nel registro determina l'impossibilità per il proprietario di trarre dalla sua cosa le utilità (funzionali ed economiche) che essa è in grado di produrre.

Nel caso di specie, la domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente *ex art. 2 bis* l. n. 241/1990 è stata respinta dal Tar Lazio sulla scorta di due argomenti.

Tra questi, quello senz'altro più solido è rappresentato dalla mancata prova del danno effettivamente subito dall'attrice: se quest'ultima, come si afferma in sentenza, ha in effetti omesso di allegare elementi idonei a dimostrare, anche solo presuntivamente, l'esistenza e l'entità del pregiudizio subito (quali la diminuzione di valore del deltaplano sul mercato dell'usato, le spese sostenute per la custodia nelle more dell'inutilizzabilità del veicolo o il corrispettivo offerto da eventuali imprese interessate per la locazione di apparecchi VDS da destinare al noleggio), pare in effetti che la pretesa risarcitoria non potesse trovare accoglimento né qualificando il danno come contrattuale^[21], né riconducendo la responsabilità dell'amministrazione al modello aquiliano, opzione a cui aderisce la sentenza^[22].

Qualche perplessità, sul punto, potrebbe sorgere intorno al rito seguito dal Tar per decidere sulla domanda risarcitoria^[23] e alla possibilità di procedere alla liquidazione del risarcimento in via equitativa.

Tali dubbi sono tuttavia secondari e ai medesimi si tornerà ad accennare nel paragrafo conclusivo, occorrendo prima prendere in considerazione la principale (e più discutibile) ragione che impedisce, a detta del Tar, l'accoglimento della domanda risarcitoria: ragione che avrebbe avuto il medesimo effetto ostativo anche qualora la ricorrente avesse adeguatamente assolto all'onere di provare l'esistenza e l'entità del danno subito.

Secondo la motivazione, tra gli elementi richiesti dall'art. 2043 c.c., difetterebbe nella fattispecie la “imputazione soggettiva della responsabilità, quanto meno a titolo di colpa semplice”^[24].

È tra i (succinti) motivi impiegati in sentenza per sostenere tale conclusione che si annida una lettura dei fatti accertati del tutto differente (e, a ben guardare, incompatibile) con quella posta a fondamento dell'accoglimento dell'azione di adempimento.

Centrale, per comprendere l'impostazione adottata dal Tar, è l'affermazione secondo cui “non si può dire che l'ente abbia agito con malizia”^[25]: essa rivela chiaramente l'equivoco di fondo in cui il giudice è incorso nel dare un corretto inquadramento giuridico al problema del danno da ritardo.

E ciò non tanto perché, rispetto alla struttura dell'illecito aquiliano, l'assenza di “malizia” potrebbe al più escludere la sussistenza del dolo dell'Ae.C.I. nella diretta produzione del danno (lasciando del tutto impregiudicata la possibilità di configurare l'elemento psicologico in termini di colpa), ma soprattutto perché, nell'ambito del danno da ritardo, la condotta di cui occorre giudicare l'illiceità ha carattere puramente omissivo e il danno non è dunque riconducibile al fatto che l'amministrazione abbia “agito” in modo illecito, ma alla circostanza che *non* abbia agito.

In altri termini, affermare che l'amministrazione non abbia “agito con malizia” non consente di ignorare il fatto che la stessa abbia scientemente violato il termine del procedimento (o che, quantomeno, ne abbia con negligenza ignorato la cogenza), facendolo spirare senza adottare la decisione finale: nel disposto dell'art. 2 *bis*, c. 1, l. n. 241/1990 i requisiti del dolo o della colpa non sono infatti riferiti alla produzione del danno (come la pronuncia sembra presupporre), ma appunto alla “inosservanza [...] del termine di conclusione del procedimento”.

È singolare, allora, che il Tar non abbia dato rilievo alla circostanza che, nella fattispecie, l'Ae.C.I. avesse violato l'obbligo di provvedere non una, ma due volte, essendo rimasto inerte anche a seguito dell'istanza *ex art. 2, c. 9 ter*, l. proc. presentata dalla ricorrente: circostanza che avrebbe dovuto condurre il giudice a qualificare quella di restare in silenzio come una vera e propria scelta, una “inosservanza dolosa [*id est*: intenzionale] del termine di conclusione del procedimento”. A confermare tale lettura avrebbe concorso anche il fatto che, alla scadenza del (secondo) termine procedimentale, il titolare dei poteri sostitutivi non ignorasse affatto la pendenza del procedimento, avendo posto in essere, proprio nel momento in cui avrebbe dovuto adottare il provvedimento di iscrizione (o quello di diniego), un'ulteriore attività istruttoria, fuori da ogni previsione di legge.

Quest'ultima circostanza è invece impiegata in motivazione quale argomento per escludere tanto la colpa, quanto la “malizia” dell'amministrazione: il Tar valorizza l'episodio rilevando che “l'Aero Club d'Italia ha ritenuto di dover richiedere un parere al Ministero vigilante, vicenda, questa, per cui, sia pur tardivamente, tale Ente ha voluto esser confortato e ha inteso condividere la risoluzione d'una fattispecie per esso con ogni evidenza inusuale o malintesa”^[26].

In questo modo, il Tar ha manifestamente ignorato quanto dallo stesso affermato poche righe prima e cioè che la natura vincolata del provvedimento di iscrizione non consentisse all'amministrazione di valutare e di attribuire rilievo – né “con malizia” né in modo innocente – ad altri elementi se non a quelli individuati come presupposti dalla norma attributiva del potere (art. 7, c. 3, d.p.R. n. 133/2010).

Che la fattispecie (iscrizione nel registro VDS) fosse per l'Ae.C.I. (ente preposto per legge a esercitare in via esclusiva il relativo potere) “con ogni evidenza inusuale o malintesa”, al punto di volere essere “confortato” da un parere dell'organo tutorio, non è dunque indice, per il collegio, di alcuna negligenza o imperizia, ma dell'assenza di una “malizia” idonea a fondare una condanna al risarcimento del danno.

I paradossi a cui un siffatto argomentare può condurre sembrano di tutta evidenza. Se la non ‘usualità’ della fattispecie consisteva (così per l'Ae.C.I., come per il Tar) nella cittadinanza extra-Ue dell'istante, allora ogni elemento fattuale, per quanto giuridicamente irrilevante, potrebbe giustificare l'inerzia provvedimentoale dell'amministrazione e una sua iperattività endo-procedimentale, volta a fugare gratuite incertezze: il fatto che un istante non sia di razza caucasica, il suo essere affetto da qualche forma di disabilità, il colore inconsuetamente appariscente dell'apparecchio, il prezzo abnorme pagato dal proprietario per l'acquisto di quest'ultimo.

A ben vedere, il perimetro entro il quale potrebbe ravvisarsi la colpa dell'amministrazione finirebbe, così, col coincidere con le sole ipotesi di “malizia” del funzionario competente: ed è singolare che la sentenza, accennando al fatto che anche una simile doglianza fosse stata in effetti mossa dalla ricorrente, ne abbia rilevato “l'irrelevanza e l'estraneità alla *res in iudicium deducta*”[27], pronunciandone l'assorbimento ai motivi posti a base della condanna *ex art. 31, c. 3, c.p.a.*

4. Brevi conclusioni

Chi volesse sondare, sulla base della decisione in commento, quale sia la effettiva consistenza della tutela oggi offerta dall'ordinamento all'interesse a una tempestiva conclusione del procedimento amministrativo, valutando la reale portata innovativa degli strumenti a tal fine contemplati dal codice del processo amministrativo (art. 31, c. 3) e dalla legge sul procedimento (art. 2 *bis*), potrebbe limitarsi a pochi elementari rilievi.

A fronte di un termine di trenta giorni previsto dalla legge per l'adozione del provvedimento richiesto, la ricorrente ha ottenuto l'iscrizione (o meglio la sola condanna dell'amministrazione a eseguirla e a rilasciare il certificato di identificazione e la targa) a distanza di circa un anno dalla presentazione dell'istanza.

Basterebbe questa considerazione per comprendere come il *booster* di tutela che l'art. 31, c. 3, c.p.a. intende fornire al cittadino non sia *ex se* idoneo a garantire il suo interesse a una decisione tempestiva.

Non v'è dubbio, infatti, che tale strumento sia in grado di incidere sui tempi dell'amministrazione, scongiurando il rischio di (ulteriori) comportamenti dilatori a seguito della decisione giudiziale. Esso consente all'amministrato di ottenere in via coattiva l'adozione non di *un* provvedimento – art. 117, c. 3, c.p.a. – ma dello *specifico* provvedimento di accoglimento dell'istanza, che egli potrà pretendere deducendo innanzi al giudice dell'ottemperanza – art. 114, c. 4, lett. *b*) c.p.a. – la nullità di una eventuale difforme determinazione della P.A.[28].

Altrettanto indubbio è, però, che la condanna all'adempimento (come la sua eventuale esecuzione forzosa) è un rimedio che interviene in un momento in cui l'interesse del privato a una decisione tempestiva è già definitivamente compromesso, essendo l'azione esperibile soltanto a seguito dell'infruttuoso decorso dei termini fissati *ex art.* 2 l. n. 241/1990.

È appena il caso di rilevare, peraltro, che anche questa (limitata) capacità dell'art. 31, c. 3, c.p.a. di incidere sui tempi dell'amministrazione non pare discostarsi tanto da quella propria degli strumenti di tutela tradizionali. Nel caso risolto dal Tar Lazio, in particolare, il carattere integralmente vincolato dell'accertamento rimesso all'amministrazione avrebbe consentito alla ricorrente di ottenere il medesimo risultato anche se la tutela apprestata dall'ordinamento fosse stata quella dell'impugnazione del silenzio-rigetto: nell'ambito di un siffatto giudizio, infatti, l'interessata avrebbe comunque potuto dimostrare la regolarità dell'istanza presentata all'amministrazione e la conseguente illegittimità del (tacito) diniego; ottenuto l'annullamento (e in forza del suo effetto conformativo) avrebbe poi avuto accesso al giudizio di ottemperanza in modo pressoché identico a quello garantito dalla condanna all'adempimento disposta dalla sentenza in commento[29].

Non pare, insomma, che la garanzia di decisioni più celeri (e soprattutto di decisioni tempestive, cioè rispettose dei termini previsti dall'art. 2 l. n. 241/1990) possa essere affidata ad altri rimedi se non quelli a carattere compensativo previsti dall'art. 2 *bis* della legge sul procedimento: soltanto il rischio effettivo di sopportare un costo per il ritardo, non quello di una condanna a provvedere (generica o specifica che sia), potrebbe infatti condurre le amministrazioni a prendere sul serio i limiti temporali fissati dalla legge per l'esercizio dei poteri pubblici, mutando il generico dovere di provvedere in un obbligo che fronteggia una specifica situazione giuridica di vantaggio del cittadino.

Come illustrato al precedente paragrafo, la sentenza in commento ha negato la tutela risarcitoria mediante argomenti, relativi alla colpa dell'amministrazione, che ne descrivono la fruibilità come eccezionale, dipendente da elementi il cui ricorso non è di certo consueto e la cui dimostrazione imporrebbe comunque, nella gran parte dei casi, una *probatio diabolica*.

Un siffatto approccio non è affatto originale o isolato[30].

Esso si iscrive, al contrario, in un diffuso filone interpretativo che sembra fondato sul fraintendimento di un'impostazione in sé e per sé senz'altro condivisibile: quella secondo cui la tutela risarcitoria ha una funzione supplementare rispetto a quella costitutiva o, nel caso del silenzio, rispetto alla condanna a provvedere[31].

Se correttamente intesa, questa impostazione implica esclusivamente che la previsione normativa di una tutela risarcitoria non possa intaccare né il primato di quella di annullamento, né, più in generale, la regola secondo cui è la decisione amministrativa a dovere soddisfare in prima battuta l'interesse dell'amministrato: la funzione della tutela risarcitoria è quella di compensare l'interesse del privato per i (soli) pregiudizi che l'effetto ripristinatorio dell'annullamento (o la condanna a emanare il provvedimento) non è in grado di rimuovere[32].

Dal richiamato insegnamento non dovrebbe, invece, trarsi l'ulteriore corollario secondo cui un'azione amministrativa palesemente illegittima non è mai *ex se* sufficiente a integrare il

requisito dell'illiceità della condotta e l'elemento soggettivo la cui sussistenza è richiesta dall'art. 2043 c.c..

Potrebbe, infatti, dubitarsi di questo automatismo a fronte di fattispecie in cui la complessità dei dati dell'istruttoria è esposta a fisiologici travisamenti o in cui l'equivocità del dato normativo comporta un'estrema difficoltà interpretativa ai fini della sua applicazione, non invece quando un'elementare disciplina legale del potere configuri quest'ultimo come vincolato a un accertamento di altrettanto elementari fatti, né, soprattutto, quando non si controverta della legittimità di un provvedimento, ma della sua mancata adozione.

D'altro canto, dire che, in questi ultimi casi, l'illegittimità del provvedimento o il silenzio attestano direttamente l'illiceità della condotta dell'amministrazione e la sua colpa non equivale affatto a riconoscere al risarcimento del danno un carattere altrettanto automatico. Anche in questi casi, infatti, il principale ostacolo alla fruibilità della tutela risarcitoria è rappresentato dalla necessità per il danneggiato di dimostrare l'esistenza del pregiudizio patito e la sua entità: è la prova del danno che consente di accertare la sussistenza (e la misura) di una componente dell'interesse leso dall'amministrazione che rimane sacrificata anche a seguito dell'annullamento del (o della condanna ad adottare il) provvedimento[33].

Ciò è tanto più vero nell'ambito del silenzio-inadempimento, ove il tempo è sì qualificato dalla disciplina del procedimento come un valore in sé, come un'utilità la cui sottrazione alla sfera giuridica del privato è attestata *ipso facto* dalla mancata adozione della decisione amministrativa entro i termini di legge; ma la misura del sacrificio imposto a tale utilità è, nella gran parte dei casi, difficilmente dimostrabile.

È questa, del resto, la principale funzione della tutela indennitaria prevista dall'art. 2 *bis*, c. 1 *bis*, l. n. 241/1990, per accedere alla quale il cittadino è dispensato dall'onere di provare non solo la colpa o il dolo della P.A., ma anche gli elementi che ne consentono la quantificazione.

Questa forma di tutela, come in altra occasione si è avuto modo di rilevare, ha tuttavia, a oggi, un ambito di applicazione soggettivo e oggettivo estremamente limitato[34]: a essa, nel caso che ci occupa, non avrebbe potuto avere accesso la ricorrente, che, infatti, pur avendo richiesto la liquidazione dell'indennizzo all'amministrazione in sede di istanza *ex art. 2, c. 9 ter*, l. n. 241/1990, non ha poi proposto in giudizio una corrispondente azione di condanna.

Chi abbia a cuore l'interesse del cittadino alla tempestiva conclusione dei procedimenti che lo riguardano deve allora domandarsi se, in difetto di una tutela indennitaria fruibile in via generale, non sia possibile individuare, in via interpretativa, soluzioni che consentano *altronde* una compensazione del tempo perduto senza la necessità di offrire una rigorosa prova in giudizio dell'entità dei pregiudizi patiti.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di procedere alla liquidazione del risarcimento del danno *ex art. 2 bis*, c. 1, in via equitativa, commisurandone l'entità all'indennizzo di cui all'art. 28, c. 1, d.l. n. 69/2013: ciò alla sola condizione della dimostrazione, da parte dell'amministrato, degli ulteriori presupposti che la legge richiede per la tutela risarcitoria (e non, invece per quella indennitaria) e fatta salva, in ogni caso, la possibilità per il ricorrente di dar prova del maggior danno subito[35].

In fattispecie quali quella in esame, inoltre, non sarebbe peregrino ipotizzare che, per la liquidazione equitativa del danno, il giudice possa prendere a diretto riferimento il valore della situazione giuridica sostanziale alla quale l'esercizio del potere amministrativo è strumentale.

Non v'è dubbio che, con riferimento agli interessi pretensivi, non sia tendenzialmente identificabile “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 accolta la domanda del privato”: tanto che, con specifico riferimento al danno da ritardo, il diritto al risarcimento può astrattamente sussistere anche nel caso in cui il provvedimento (tardivamente) emanato sia un provvedimento di rigetto dell'istanza[36].

D'altro canto, malgrado la natura pretensiva dell'interesse, non può escludersi che “al danno (da ritardo) propriamente riferibile alla lesione dell'interesse legittimo [possa aggiungersi] anche un danno riferibile al(la aspettativa al) bene della vita” in sé e per sé considerata: ciò accade quando, come nel caso qui in esame, la disciplina positiva, precludendo all'amministrazione qualsiasi valutazione discrezionale, fornisca un parametro legale (e certo) “sul grado di “spettanza” del bene richiesto”[37].

In queste ipotesi, qualora la “aspettativa” del privato sia passibile di valutazione economica (nel nostro caso, il valore di un bene di cui il proprietario non può godere e disporre liberamente in difetto del provvedimento), non sarebbe irragionevole riconoscere al giudice il potere (e il dovere) di procedere a una valutazione equitativa del danno e di liquidarne il risarcimento in una misura percentuale di quel valore[38].

[1] Art. 5 dello Statuto dell'Ae.C.I., approvato con d.p.R. 18 marzo 2013, n. 53 (in G.U. n. 116 del 20 maggio 2013) e art. 7, c. 3, d.p.R. 9 luglio 2010, n. 133 (Nuovo regolamento di attuazione della legge 25 marzo 1985, n. 106, concernente la disciplina del volo da diporto o sportivo).

[2] Art. 7, cc. 4 e 5 d.p.R. n. 133/2010 cit.

[3] Legge 25 marzo 1985, n. 106 (Disciplina del volo sportivo o del diporto sportivo): v. in particolare l'Allegato della legge, contenente l'elencazione di tipi di apparecchi VDS e l'indicazione delle rispettive caratteristiche tecniche. Ai sensi dell'art. 7, c. 3, d.p.R. n. 133/2010, la dichiarazione del proprietario deve specificare “1) struttura dell'apparecchio (monoposto o biposto); 2) nome del costruttore; 3) modello e potenza del motore, peso massimo al decollo, dimensioni (lunghezza, larghezza e altezza) espresse in centimetri, ubicazione del posto principale di pilotaggio, tipologia dei comandi (tre assi, due assi, pendolare, elicottero, autogiro, mongolfiera, dirigibile); 4) modello dell'apparecchio, eventuale installazione del gancio per il traino nonché l'eventuale numero seriale ove trattasi di prodotto industriale”.

[4] Né una incompatibilità tra i due schemi (provvedimento di iscrizione/s.c.i.a.) potrebbe giustificarsi – al netto della riferibilità dell'art. 19 l. proc. ai soli provvedimenti autorizzatori necessari all'avvio di un'attività di impresa – sul piano della ‘sensibilità’ degli interessi in gioco: il fatto che l'effetto ampliativo dell'iscrizione consista nell'ammettere un mezzo alla circolazione aerea (attività pericolosa che coinvolge interessi quali salute e pubblica incolumità) potrebbe, infatti, spiegare la non riconducibilità del silenzio dell'Ae.C.I. all'ambito di applicazione dell'art. 20 l. n. 241/1990, non invece l'estraneità del provvedimento al novero di quelli sostituibili con segnalazione certificata. Mentre, infatti, l'art. 20, c. 4, l. n. 241/1990 esclude l'applicazione della disciplina sul silenzio-assenso “agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità [...]”, l'art. 19 dispone l'esclusione dall'ambito della s.c.i.a. “dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante

dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria”. Il pericolo che possa derivare alla salute (non però alla pubblica incolumità) rileva invece, ai sensi dell’art. 19, c. 3, in sede di esercizio del potere di sospensione dell’attività in pendenza del termine assegnato dalla P.A. al privato per conformare l’attività intrapresa alla normativa vigente. V. N. Paolantonio, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2021, 349.

[5] In questi termini l’*obiter dictum* di Consiglio di Stato, III, 8 settembre 2016, n. 3827, ove si afferma che, anche a fronte di attività vincolata, “il giudice “può” e non “deve” valutare se sia il caso di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa”. Per una ipotesi di ammissione dell’azione ex art. 31, c. 3, c.p.a. (anch’essa all’insegna della facoltatività) ove il giudice ravvisi la manifesta infondatezza dell’istanza, cfr. Consiglio di Stato, IV, 29 maggio 2015, n. 2688.

[6] Per questa formulazione T.A.R. Lazio, Roma, II, 11 dicembre 2017, n. 12204: fattispecie in cui l’accertamento rimesso all’amministrazione (e ritenuto insurrogabile dall’istruttoria processuale) è rappresentato da una misurazione di distanze.

[7] Afferma espressamente che “sono inammissibili, ai sensi artt. 30, comma 1, e 31 comma 3, c.p.a., le azioni di condanna, anche in sede di giurisdizione esclusiva, ad un fare che implichi [...], anche in presenza di provvedimenti vincolati, l’esercizio di un’attività istruttoria a cura della pubblica amministrazione” Consiglio di Stato, IV, 30 maggio 2022, n. 4357. V. anche T.A.R. Lazio, Roma, II, 22 febbraio 2021, n. 2173, che ritiene ostativa alla condanna di adempimento la necessità di svolgere ulteriori adempimenti istruttori ai fini della qualificazione di un abuso edilizio (per il quale era richiesta una rettifica della concessione in sanatoria) alla luce delle tipologie elencate dalla tabella allegata alla legge 28 febbraio 1985, n. 47. Nel senso, invece, della piena ammissibilità della prova, da parte del ricorrente, in ordine alla sussistenza di presupposti non ancora accertati dall’amministrazione, ai fini dell’accoglimento della domanda ex art. 34, c. 3, lett. c), alla sola condizione che la legge non ne consenta espressamente una valutazione discrezionale, T.A.R. Toscana, 14 marzo 2017, n. 392. Non è inconsueto rinvenire il riconoscimento della piena capienza dell’istruttoria processuale rispetto agli accertamenti non eseguiti dall’amministrazione quando una domanda in tal senso non sia stata proposta in giudizio: così, ad es., C.G.A.R.S. 18 luglio 2016, n. 214, che, nel motivare l’inammissibilità dell’impugnazione dell’aggiudicazione di una gara da parte dell’impresa terza classificata, la quale aveva ommesso di richiedere l’accertamento dell’anomalia dell’offerta presentata dalla concorrente in grado pozzero (accertamento non compito dalla P.A.), afferma che la regola di cui all’art. 34, c. 2 c.p.a. “non deve essere enfatizzata o assolutizzata ma deve, piuttosto, essere letta nel quadro generale di un giudizio amministrativo i cui contorni fondamentali sono andati mutando nel corso del tempo ed il cui oggetto è andato spostandosi, per così dire, dall’atto al rapporto amministrativo”; in concreto, la conseguenza di tale lettura è che “deve ritenersi che l’odierna ricorrente ben potesse articolare le proprie censure anche nei confronti della seconda classificata, chiedendo al giudice di accertarne l’anomalia dell’offerta economica” (punti 5.1.e 5.4.).

[8] Frequente è l’ancoraggio di questa convinzione al principio di separazione dei poteri e della riserva di amministrazione (v. ad es., da ultimo, T.A.R. Lazio n. 2173/2021 cit.), di cui anche l’art. 34, c. 2, c.p.a. (v. subito *infra*, nel testo) rappresenterebbe una specificazione: in tal senso anche Consiglio di Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5. Sulla non riconducibilità della *ratio* della norma a detti principi v. invece M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento ai poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2018, 67 ss. Sul rapporto tra la tradizionale regola della *decision préalable* e gli accertamenti prodromici alla decisione ancora non eseguiti dalla P.A. (anche con specifico riferimento all’azione di adempimento) v. *ibid.*, 95 ss.

[9] Cfr. da ultimo Consiglio di Stato, 26 aprile 2022, n. 3173, che ritenendo non “condivisibile l’assunto dell’appellante, secondo cui l’art. 31, comma 3, c.p.a. [...] consentirebbe comunque al giudice di sostituirsi alla p.a. in tutte le ipotesi di attività vincolata”, afferma che “[se] il giudice fosse costretto a disporre incumbenti istruttori, si sostituirebbe *in toto* all’Amministrazione nell’esercizio del potere, aggirando il divieto recato dall’art. 34, comma 2, c.p.a.”.

[10] Così, ad esempio, Consiglio di Stato, III, 27 aprile 2022, n. 3317, che, individuata la *ratio* dell’art. 31, c. 3 c.p.a. in “esigenze di economia e celerità processuale e procedimentale, alle quali risulta conforme l’anticipazione della valutazione amministrativa alla sede processuale”, esclude l’accessibilità al rimedio in fattispecie in cui la complessità dell’accertamento dimostri la “irrealizzabilità dell’esigenza di concentrazione presa in considerazione dalla norma citata”.

[11] Sulla possibilità di considerare gli atti privi di margini di discrezionalità come costitutivi “dei propri effetti” v. per tutti M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 122 ss.

[12] Alla stessa classe sono, ad esempio, riconducibili i casi di mancata adozione di provvedimenti aventi carattere meramente dichiarativo, come l’acquisizione gratuita di un’opera abusiva al patrimonio comunale ex art. 31 T.U. edilizia (Consiglio di Stato, VI, 8 maggio 2014, n. 2368): per l’ammissibilità, in questi casi, dell’azione ex art. 31, c. 3, c.p.a. proposta dal terzo a fronte dell’inerzia del Comune v. T.A.R. Calabria, Catanzaro, 1 marzo 2019, n. 408.

[13] Ciò è tanto più evidente ove si tenga conto dell’indirizzo secondo cui, ove il provvedimento richiesto dal ricorrente rappresenti il mero adempimento di un’obbligazione ex lege, la domanda di condanna non potrebbe essere dallo stesso

proposta nella forma dell'azione avverso il silenzio, ritenuta in questi casi inammissibile già ai sensi dell'art. 31, c. 1: in questo senso, da ultimo, Consiglio di Stato, 15 febbraio 2021, n. 1348, in materia di contributi pubblici, ove si afferma che qualora il beneficiario "sia concesso *ex lege*, l'attività richiesta all'Amministrazione non si traduce nella spendita di potestà provvedimentali - risultando la *regula iuris* del rapporto concreto già dettata in via normativa -, bensì afferisce alla materiale esecuzione dell'obbligazione pecuniaria, attraverso il compimento di un mero atto solutorio avente natura di atto giuridico in senso stretto. [In questi casi], spettando all'Amministrazione la sola attività solutoria, non [si è] in presenza di un pubblico potere e, per l'effetto, l'asserita inerzia [non può] qualificarsi come silenzio inadempimento ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 L. n. 241 del 1990, nonché 31 e 117 c.p.a.". È noto, tuttavia, che la materia dei contributi e delle sovvenzioni è ormai da tempo contraddistinta da una particolare nettezza della distinzione tra fattispecie (discrezionali) in cui l'attività provvedimentale è ricondotta alla nozione di potere amministrativo e fattispecie (vincolate) in cui la stessa attività è considerata mero adempimento di un'obbligazione: su tale distinzione si fonda, infatti, il discrimine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa posto in materia dalla consolidata giurisprudenza delle Sezioni unite che nella seconda classe di ipotesi reputa l'amministrato titolare di un diritto soggettivo (v. da ultimo Cassazione civile, sez. un., 13 maggio 2022, n. 15370).

[14] Così la motivazione al par. 4.3.

[15] *Ibid.*, *loc cit.* e par. 5

[16] *Ibid.*, par. 4.2.

[17] *Ibid.*, par. 4.3.

[18] Si pensi a un concorso di progettazione, ove i requisiti di partecipazione degli operatori economici costituiscono oggetto di un accertamento ("*in personam*") a carattere vincolato (art. 46, c. 1, d.lgs. n. 50/2016 e d.m. 2 dicembre 2016, n. 263), mentre la valutazione ("*in rem*") del progetto ha ovviamente carattere ampiamente discrezionale (art. 156, c. 4).

[19] V. *supra*, nota 3.

[20] In motivazione (par. 1) si rappresenta che dalla "corrispondenza multimediale intercorsa tra l'istante e l'intimato ente diregolazione del volo da diporto emerge che il 27 luglio 2021 è pervenuta alla prima la fotografia di una G.U., riprodotte l'art. 22 L.24 aprile 1998 che aveva sostituito l'originario art.751 Cod.nav. il quale concerneva la tematica della "nazionalità dei proprietari di aeromobili" (doc.11 produz. ricorr.), messaggio che confermava che l'omessa decisione dell'Ente scaturiva dalla circostanza che la ricorrente avesse cittadinanza brasiliana e dunque non dell'UE". V. anche il par. 5 della decisione.

[21] Cfr. da ultimo Cassazione civ. sez. II, 6 aprile 2022, n. 11126: "Nella vendita di cose mobili, laddove non trovi applicazione l'art. 1518 c.c., in caso di ritardo da parte del venditore nella consegna della merce è onere dell'acquirente provare di aver subito un'effettiva lesione del proprio patrimonio per la perdita di valore del bene, ovvero per aver perso l'occasione di venderlo a prezzo conveniente o per aver sofferto altre situazioni pregiudizievoli, con valutazione rimessa al giudice del merito, che può al riguardo avvalersi di presunzioni, anche sulla base di elementi indiziari allegati dallo stesso danneggiato".

[22] È noto che la conferma dell'ascrizione della responsabilità per danno da ritardo al modello aquiliano si deve a Consiglio di Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, sulla quale v. in questa rivista E. Zampetti, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*; sulla stabilità delle opzioni ricostruttive offerte dal sistema della responsabilità civile (o meglio dalle letture, talvolta originali, fornite dalla giurisprudenza amministrativa), v. M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria, ibid.*

[23] Anche la domanda risarcitoria è stata infatti definita dalla sentenza *ex* 117 c.p.a. È noto, al riguardo, che la giurisprudenza amministrativa interpreta il comma 6 dell'art. 117 c.p.a. (ai sensi del quale, se l'azione risarcitoria "è proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria") nel senso che "la trattazione della domanda risarcitoria connessa all'azione avverso il silenzio nelle forme del giudizio ordinario costituisce una facoltà discrezionale del giudice adito", poiché nella lettera della norma "il verbo servile "può" [...] regge tanto la proposizione relativa alla definizione della domanda avverso il silenzio quanto quella successiva, concernente la conversione del giudizio nel rito ordinario per la trattazione della domanda risarcitoria". Per tal via, l'art. 117, c. 6 cit. è letto come disposizione derogatoria rispetto alla regola fissata dall'art. 32, c. 1, secondo periodo, del codice, a mente del quale, in ipotesi di cumulo nello stesso giudizio di domande soggette a riti diversi, "si applica quello ordinario", salve le (sole) eccezioni disposte dal Titolo V del Libro IV. Quando, tuttavia, il giudice ritenga di trattare nelle forme del rito speciale anche la domanda risarcitoria, la stessa giurisprudenza precisa che "deve renderne edotte le parti costituite, in analogia con quanto previsto dal combinato dei sopra citati disposti degli artt. 60 e 74 cod. proc. amm." (in questi termini Consiglio di Stato sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5798). Nel caso di specie, né la sentenza, né l'ordinanza interlocutoria da questa richiamata (4 aprile 2022, n. 3885, ove pur facendosi menzione della

“richiesta di passaggio in decisione della causa senza discussione prodotta dalla ricorrente”, nulla si dispone in merito) danno contezza della previa comunicazione alle parti della decisione del Tar di definire il giudizio a seguito della trattazione camerale: tale omissione potrebbe ritenersi limitativa del diritto di difesa della ricorrente, la quale avrebbe potuto confidare, in ipotesi, nel termine *ex art. 73 c.p.a.* per il deposito di documenti attestanti l'entità del danno patito.

[24] V. par. 8.1.

[25] *Ibid.*

[26] *Ibid.*

[27] Così la sentenza al par. 4.

[28] Per un generale e approfondito inquadramento del tema v. A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, *passim* e, con riferimento all'azione di adempimento nell'ambito del rito avverso il silenzio, 202 ss.;

[29] M. Mazzamuto, *op. cit.*, 87 ss.

[30] Com'è noto, la tesi dell'insufficienza dell'illegittimità dell'azione amministrativa ai fini del risarcimento del danno risale già a Cass. civ. 22 luglio 1999, n. 500, secondo cui “l'imputazione non potrà quindi avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice ordinario dovrà 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 [...] che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità”. Tale impostazione è rimasta sostanzialmente costante anche a seguito della devoluzione al G.A. della giurisdizione sul risarcimento dei danni derivanti da lesione di interesse legittimo: cfr. da ultimo Consiglio di Stato V, 31 dicembre 2021, n. 8746, dalla cui motivazione la colpa della P.A. necessaria ai fini della configurazione dell'illecito viene espressamente qualificata come colpa grave: “in materia di responsabilità della Pubblica Amministrazione per danno da lesione di interessi legittimi (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 23 aprile 2021, n. 7) la sussistenza della colpa va dimostrata ed accertata in modo rigoroso e l'annullamento giurisdizionale del provvedimento illegittimo non costituisce di per sé prova della sussistenza [...] dovendo anche accertarsi se l'adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo siano conseguenza della grave violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede”. V. anche Consiglio di Stato, III, 15 maggio 2018, n. 2882 e 30 luglio 2013, n. 4020; il condivisibile principio di diritto secondo cui per la “configurabilità della colpa dell'Amministrazione [...] occorre avere riguardo, anzitutto, al carattere della regola di azione violata: se la stessa è chiara, univoca, cogente, si dovrà riconoscere la sussistenza dell'elemento psicologico nella sua violazione; al contrario, se il canone della condotta amministrativa giudicata è ambiguo, equivoco o, comunque, costruito in modo tale da affidare all'Autorità amministrativa un elevato grado di discrezionalità, la colpa potrà essere accertata solo nelle ipotesi in cui il potere è stato esercitato in palese spregio delle regole di correttezza e di proporzionalità” (Consiglio di Stato sez. III, 5- giugno 2019, n. 3799) risulta richiamato esclusivamente da pronunce che, alla stregua del citato precedente, escludono la risarcibilità del danno individuando margini di discrezionalità amministrativa nella fattispecie controversa: anche a fronte del richiamo del condivisibile principio, esso si risolve *de facto* nella regola *iuris* secondo cui “a fronte di regole di condotta inadeguate a costituire, di per sé, un canone di azione sicuro e vincolante, la responsabilità dell'Amministrazione potrà essere affermata nei soli casi in cui l'azione amministrativa abbia disatteso, in maniera *macroscopica* ed *evidente*, i criteri della buona fede e dell'imparzialità, restando *ogni altra violazione assorbita nel perimetro dell'errore scusabile*” (in questo senso, richiamando Cons. St. n. 3799/2019 cit., Consiglio di Stato, III, 24 febbraio 2022, n. 1320).

[31] 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 *Diritto processuale amministrativo*, 2006, 23 ss..

[32] Cfr. F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in questa Rivista, febbraio 2021: “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”.

[33] Osserva M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit., nt. 52: “Allo stato del diritto positivo, se si vuol dar consistenza alla pretesa risarcitoria collegata alle mere situazioni procedimentali, si dovrebbe accentuare la funzione punitivo-sanzionatoria della responsabilità, poiché ciò consentirebbe di condannare al risarcimento

l'amministrazione che non rispetti le situazioni procedimentali anche indipendentemente dall'eventuale pregiudizio patrimoniale patito dal singolo”.

[34] Cfr. M. Ragusa, *Forme di tutela dell'interesse alla (tempestiva) conclusione del procedimento (nota a Tar Lazio, Roma, Sez. II bis, 20 aprile 2021, n. 4597)*, in questa Rivista, giugno 2021, segn. § 4.

[35] Interessante, in questa prospettiva, la proposta di F. Patroni Griffi (*A 20 anni dalla sentenza n. 500-1999: attività amministrativa e risarcimento del danno*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2019) relativa alla possibile introduzione di “una forfettizzazione tabellare dei danni risarcibili nelle ipotesi più frequenti di illegittimo esercizio del potere che abbia conseguenze “illecite” sul piano civilistico, conseguenze che le tecniche costitutive e ordinarie non siano in grado di riparare e che comunque non soddisfino pienamente il soggetto leso. Si tratterebbe invero non di indennizzo in senso tecnico ma di una predeterminazione della quantificazione del danno, rispetto alla quale il soggetto leso, se non soddisfatto, potrebbe comunque rivolgersi al giudice civile, dando la prova, nei tempi del relativo giudizio, dell'ulteriore danno, rispetto a quello “tabellare”, subito”.

[36] F.G. Scoca, *L'interesse legittimo, Storia e teoria*, Torino, 2017, 311 ss. Nello stesso senso pare l'*obiter dictum* di Consiglio di Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, che trattando di “responsabilità da comportamento scorretto” afferma che la responsabilità da ritardo si configura “a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo”.

[37] F.G. Scoca, *L'interesse legittimo, loc. cit.*

[38] Così ad es., da ultimo, Cass. civ., VI, ord. 13 maggio 2019, n. 12630, ove si rileva “che la lesione della proprietà [...] è di per sé produttiva di danno, che consiste proprio nel mancato godimento delle facoltà tipiche della proprietà per effetto dell'altrui illegittimo comportamento (tra le molte, Cass. 31/08/2018, n. 21501; Cass. 16/12/2010, n. 25475)” e si conclude “che, pertanto, una volta accertata l'esistenza della lesione è esclusa la necessità di specifica attività probatoria, mentre l'obiettivo difficoltà di determinazione del *quantum* impone che il giudice proceda alla liquidazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., adottando eventualmente, quale adeguato parametro di quantificazione, quello correlato ad una percentuale del valore reddituale dell'immobile, la cui fruibilità sia stata temporaneamente ridotta (cfr. Cass. 03/04/2012, n. 5334; Cass. 27/03/2008, n. 7972)”.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2258 – 24 marzo 2022

Il rinvio dell'udienza nel processo amministrativo tra poteri del giudice e diritti delle parti (Nota a Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, 31 gennaio 2022, n. 153)

di Michele Ricciardo Calderaro

Sommario: 1. Il caso di specie. – 2. Il rinvio dell'udienza: il ruolo della discussione orale nel processo amministrativo e la necessità di evitare pronunzie a sorpresa. – 3. Una comparazione processualistica: il rinvio dell'udienza nel processo civile e penale. - 4. Il rinvio dell'udienza di discussione: potere o dovere del giudice amministrativo? – 5. Osservazioni critiche: in alcuni casi sussiste il diritto delle parti al rinvio dell'udienza.

1. Il caso di specie.

La sentenza che si annota interviene su una fattispecie molto peculiare attinente alle tasse portuali, di imbarco e sbarco, introdotte dall'art. 33 della l. n. 82/1963, dapprima per alcuni porti, e applicate, a partire dal 1994, con la l. n. 84/1994, alla totalità dei porti, con devoluzione per intero, alle Autorità portuali competenti^[1], delle tasse portuali sulle merci sbarcate e imbarcate, a partire dal 2006.

La questione attiene all'individuazione del soggetto su cui ricade l'onere di queste prestazioni patrimoniali.

In particolare si può affermare che si è dinnanzi ad una tassa di scopo di una prestazione doverosa, collegata, diversamente dalla imposta, al soddisfacimento di un servizio o di una funzione differenziata e determinabile, così da essere dovuta non dalla generalità dei contribuenti in ragione del loro *status* economico, ma solo dai fruitori, attuali o potenziali, di

tale servizio o di tale funzione; più nello specifico, di una prestazione stabilita per fare fronte a spese volte a realizzare opere, specialmente, di infrastrutturazione[2].

Si ricade, pertanto, entro il campo di operatività di cui all'art. 23 Cost., ovvero delle prestazioni patrimoniali che possono essere imposte solo in forza di una legge e non anche di un provvedimento amministrativo[3].

Tuttavia, al di là della questione sostanziale sottostante che si è introdotta sommariamente, l'oggetto di interesse della sentenza che si commenta concerne il regime processuale del rinvio dell'udienza di discussione richiesto da una delle parti nel corso dello svolgimento del giudizio di appello a seguito dell'introduzione di un documento sopravvenuto.

Ed è su questo che ci si deve soffermare.

2. Il rinvio dell'udienza: il ruolo della discussione orale nel processo amministrativo e la necessità di evitare pronunzie a sorpresa.

Nel giudizio di appello dinnanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia l'appellante, ovvero l'Autorità di sistema portuale del Mare di Sicilia orientale, tramite il suo difensore, l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, ha chiesto di essere autorizzato a presentare un documento sopravvenuto, ritenuto di essenziale rilievo ai fini del decidere e ha chiesto rinvio della discussione della causa.

In particolare, il documento in questione è un decreto del presidente dell'Autorità portuale del Mare di Sicilia occidentale n. 374 dell'11.12.2021, con il quale si è proceduto alla revisione dei diritti portuali, ponendoli a carico delle imprese portuali anche per ogni contenitore imbarcato-sbarcato.

Il collegio ha ritenuto non sussistenti i presupposti per concedere il richiesto rinvio ad altra udienza.

Secondo il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, nell'ordinamento processuale vigente non esiste norma giuridica o principio ordinamentale che attribuisca alle parti in causa il diritto al rinvio della discussione del ricorso, fuori dai casi tassativi di diritto a rinvio per usufruire dei termini a difesa previsti dalla legge.

Al di fuori di tali ipotesi, le parti hanno solo la facoltà di illustrare le ragioni che potrebbero giustificare un eventuale differimento dell'udienza.

Ciò in quanto alle parti spetta la disponibilità delle proprie pretese sostanziali e, in funzione di esse, del diritto di difesa in giudizio, ma le stesse non hanno anche la disponibilità dell'organizzazione e dei tempi del processo, che compete al giudice, al fine di conciliare e coordinare l'esercizio del diritto di difesa di tutti coloro che si rivolgono al giudice.

La decisione finale sui tempi della decisione della controversia spetta al giudice, e la domanda di rinvio deve fondarsi su "situazioni eccezionali" (come recita il comma 1-*bis* dell'art. 73

c.p.a.: *“Il rinvio della trattazione della causa è disposto solo per casi eccezionali, che sono riportati nel verbale di udienza (...)”*.

Tali situazioni eccezionali possono essere integrate solo da gravi ragioni idonee a incidere, se non tenute in considerazione, sulle fondamentali esigenze di tutela del diritto di difesa costituzionalmente garantite, atteso che, pur non potendo dubitarsi che anche il processo amministrativo è regolato dal principio dispositivo, in esso non vengono in rilievo esclusivamente interessi privati, ma trovano composizione e soddisfazione anche gli interessi pubblici che vi sono coinvolti.

Nella specie, la motivazione indicata nella istanza di rinvio non rientra tra quelle che potrebbero giustificare un eventuale differimento perché attinente alla sopravvenuta entrata in possesso di un documento utile ai fini della causa.

Secondo l'orientamento consolidato del giudice amministrativo, pertanto, non sussiste un diritto della parte al rinvio della discussione della causa, spettando la decisione finale in ordine ai concreti tempi della discussione comunque al giudice^[4], il quale deve verificare l'effettiva opportunità di rinviare l'udienza, giacché solo in presenza di situazioni particolarissime il rinvio dell'udienza è per lui doveroso, e in tale ambito si collocano, fra l'altro, i casi di impedimento personale del difensore o della parte, nonché quelli in cui, per effetto delle produzioni documentali effettuate dall'Amministrazione, occorra riconoscere alla parte, che ne faccia richiesta, il termine di sessanta giorni per la proposizione dei motivi aggiunti.

Questa tesi, ampiamente suffragata dal Consiglio di Stato, sembra aver trovato anche un fondamento normativo.

Difatti, il d.l. 9 giugno 2021, n. 80, conv. in legge 6 agosto 2021, n. 113, ha modificato l'art. 73 del Codice del processo amministrativo inserendovi un comma 1-*bis* ove si prevede che *“non è possibile disporre, d'ufficio o su istanza di parte, la cancellazione della causa dal ruolo. 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”*.

Questa novità è stata prontamente accolta con favore dal giudice amministrativo^[5], perché la disposizione dovrebbe inquadrarsi nel più ampio contesto di riforma del processo amministrativo volto a contrastare la formazione di nuovo arretrato nella giustizia amministrativa che incide, a sua volta, sul grado di efficienza e di affidabilità dell'intero sistema economico nazionale^[6], chiamato peraltro a fronteggiare le nuove sfide del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.).

Con la disposizione in esame il legislatore avrebbe, in via generale, ritenuto prevalente l'interesse pubblico alla celerità della decisione^[7], in coerenza con il principio della ragionevole durata del processo^[8], rispetto a quello, particolare ed eccezionale, di protrazione della trattazione della causa.

Questa esigenza è certamente condivisibile, occorre però comprendere come ciò si concili con le incomprimibili garanzie difensive delle parti.

Nella ricostruzione tradizionale del processo amministrativo l'udienza di discussione veniva configurata come una delle fasi principali, momento indispensabile di contatto tra le parti ed il collegio giudicante[9].

Questa visione, specialmente a seguito dell'introduzione del Codice del processo, è stata parzialmente superata.

La prassi di articolare diffusamente gli scritti difensivi, difatti, ha portato il legislatore a prevedere nel Codice che la discussione debba avvenire in modo sintetico dopo aver concesso tuttavia la possibilità alle parti di illustrare le proprie domande ed eccezioni in modo particolarmente ampio negli scritti difensivi da depositare antecedentemente all'udienza di discussione, ovvero nelle memorie e nelle repliche.

Si è passati, quindi, da un'impostazione in cui era possibile in sede di discussione orale della controversia arrivare sino ad ampliare l'oggetto della domanda[10] ad un processo in cui l'udienza di discussione ha, proprio per l'ampiezza degli scritti difensivi delle parti, un'importanza più limitata, anche se non del tutto svanita.

Si pensi a quanto previsto dallo stesso art. 73 del Codice al comma 3.

Qui si dispone che, *“se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice 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”*.

È il problema delle c.d. pronunzie della terza via.

Il Codice prevede un vero e proprio obbligo per il giudice amministrativo: questo dovere del giudice di venire in soccorso alle parti *ex art. 73, co. 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].

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.

È evidente che in questo caso il ruolo dell'udienza di discussione come momento di necessario dialogo collaborativo tra parti e giudice è fondamentale. Se una delle parti non fosse presente in udienza e la controversia fosse decisa per una questione rilevata d'ufficio su cui non è stato instaurato il contraddittorio il suo diritto di difesa non potrebbe che risultare ampiamente compromesso.

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[13], in quanto si sosteneva, giustamente, che i principi del giusto processo costituzionalizzati nel 1999 fossero già presenti nel nostro ordinamento[14].

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[15], che ha risentito molto, sul punto, anche delle correlative novità apportate nel giudizio civile.

Ed infatti, 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[16].

Al di là dell'espressa codificazione della norma del Codice del processo, il principio 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 alla garanzia del contraddittorio[17].

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*”[18].

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.[19], 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[20]: 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[21].

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 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

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^[22], per consentirne la trattazione, in attuazione del principio del contraddittorio^[23].

È evidente che il ruolo della discussione in udienza pubblica non può perciò essere del tutto marginalizzato. Ciò che occorre comprendere è se e quando il giudice amministrativo debba disporre il rinvio dell'udienza.

3. Una comparazione processualistica: il rinvio dell'udienza nel processo civile e penale.

Si è anticipato che sino alle modifiche intervenute nel 2021 il rinvio dell'udienza non trovava espressa disciplina nel Codice del processo amministrativo.

Diversa è la situazione per quanto concerne il processo civile e il processo penale ove la disciplina è articolata.

Partiamo dal primo.

L'art. 115 delle disposizioni attuative Cod. proc. civ. dispone anzitutto che il collegio può rinviare la discussione della causa per non più di una volta soltanto per grave impedimento del tribunale o delle parti e non oltre la seconda udienza successiva a quella fissata dal giudice istruttore.

Qui occorre già tenere conto della prima differenza del processo amministrativo rispetto a quello civile: difatti, come è noto, nel primo non è presente la figura del giudice istruttore^[24].

L'art. 115, tuttavia, non si limita a dettare questa prescrizione, rinviando invece ad un'altra norma delle disposizioni attuative, ed in particolare a quella dell'art. 82, dedicata al “*rinvio delle udienze di prima comparizione e d'istruzione*”.

Nello specifico, il quarto comma di questa disposizione prevede che “*il giudice istruttore può, su istanza di parte o d'ufficio, fissare altra udienza d'istruzione, ferme le disposizioni dell'articolo precedente. Il decreto è comunicato dal cancelliere alle parti non presenti alla pronuncia del provvedimento*”, mentre il quinto prescrive che, “*se le parti alle quali deve essere fatta la comunicazione prevista nel primo e nel terzo comma precedenti, o alcuna di esse, non compariscono nella nuova udienza, il giudice istruttore verifica la regolarità della comunicazione e ne ordina, quando occorre, la rinnovazione, rinviando la causa, secondo i casi, all'udienza di prima comparizione immediatamente successiva, ovvero ad altra udienza d'istruzione*”.

Queste disposizioni attuative debbono essere lette unitamente all'art. 168-bis, cod. proc. civ., che, disciplinando la designazione del giudice istruttore, fissa il principio secondo cui, “*se nel giorno fissato per la comparizione il giudice istruttore designato non tiene udienza, la comparizione delle parti è d'ufficio rimandata all'udienza immediatamente successiva tenuta dal giudice designato*” (co. 4); e, inoltre, che “*il giudice istruttore può differire, con decreto da emettere entro cinque giorni dalla presentazione del*

fascicolo, la data della prima udienza fino ad un massimo di quarantacinque giorni. In tal caso il cancelliere comunica alle parti costituite la nuova data della prima udienza” (co. 5)[25].

Da ultimo, occorre ancora tenere conto, per il procedimento dinnanzi al tribunale in composizione monocratica, che l'art. 281-*sexies* cod. proc. civ. fissa il principio secondo cui *“il giudice, fatte precisare le conclusioni, può ordinare la discussione orale della causa nella stessa udienza o, su istanza di parte, in un'udienza successiva e pronunciare sentenza al termine della discussione, dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione”*[26].

Dalle disposizioni del codice emerge un quadro definito della disciplina del rinvio dell'udienza nel processo civile.

In caso di grave impedimento di una delle parti il collegio può rinviare la discussione della causa.

Una lettura piana dell'art. 115 disp. att. cod. proc. civ. dovrebbe condurre a ritenere che il collegio ha il potere, ma non il dovere, di rinviare la discussione della causa al verificarsi di determinate condizioni.

Questa sembra essere la lettura dominante che emerge dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Difatti, è principio consolidato quello secondo cui l'istanza di rinvio dell'udienza di discussione della causa per grave impedimento del difensore deve fare riferimento all'impossibilità di sostituzione mediante delega conferita a un collega, venendo altrimenti a prospettarsi soltanto un problema attinente all'organizzazione professionale del difensore[27], non rilevante ai fini del differimento dell'udienza[28].

La carenza organizzativa del difensore incaricato non consente la concessione del differimento dell'udienza fissata, di modo che è del tutto legittima la sentenza pronunciata a seguito del diniego del provvedimento di rinvio[29].

Ciò anche laddove la parte sia rappresentata all'udienza di discussione da altro difensore, che sostituisca il *dominus* impedito a presenziarvi e che si limiti a richiedere il differimento per grave impedimento dipendente da concomitante impegno professionale del medesimo *dominus*, impegno di cui il difensore presente in sostituzione non provi l'esistenza e l'antioriorità rispetto alla controversia da discutere, così precludendo di ricondurre l'istanza di rinvio a legittima causa e non a mera strategia difensiva[30].

L'orientamento della Cassazione, che, come si vedrà, è ripreso anche dalla giurisprudenza amministrativa, appare troppo limitativo delle facoltà processuali delle parti.

Il grave impedimento che comporta la necessità di rinvio da parte del giudice deve concretizzarsi in un impedimento personale che non consenta al difensore neanche di delegare un sostituto processuale o di un delegato d'udienza.

La lettura non appare soddisfacente perché la presenza in udienza del difensore o di un suo sostituto non è equivalente e perciò interscambiabile.

Il sostituto, per quanto possa essere adeguatamente a conoscenza della controversia, non può sostituirsi completamente al difensore patrono della causa, che in udienza avrà la possibilità di illustrare gli aspetti più problematici della fattispecie al giudice.

Ciò vale nel processo civile come in quello amministrativo.

Per quanto articolati siano nelle discipline vigenti gli scritti difensivi antecedenti all'udienza, la presenza del difensore nella stessa è fondamentale, specialmente, come si è visto precedentemente, con riferimento alle questioni sollevate d'ufficio dal giudice, che possono essere valutate solamente dal difensore[31].

In modo altrettanto evidente, occorre sottolineare che la cattiva organizzazione del difensore non può divenire il grimaldello per configurare l'istanza di rinvio dell'udienza come abuso del diritto o, *rectius* nel caso di specie, del processo[32].

È chiaro che il giudice ha il potere di direzione del processo e dei suoi tempi di svolgimento, ma le garanzie difensive ed il diritto ad un equo processo non possono essere soppressi in nome soltanto di una astratta celerità del giudizio.

Una disciplina non dissimile è prevista nel codice di procedura penale.

L'art. 420-ter, co. 5, stabilisce che, in caso di assenza del difensore, dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento, purché prontamente comunicato[33], il giudice, con ordinanza, anche d'ufficio, rinvia ad altra udienza.

Questa disposizione non si applica però “*se l'imputato è assistito da due difensori e l'impedimento riguarda uno dei medesimi ovvero quando il difensore impedito ha designato un sostituto o quando l'imputato chiede che si proceda in assenza del difensore impedito*”.

Anche in questo caso l'orientamento della Cassazione è alquanto rigoroso con riferimento alla richiesta di rinvio del difensore per impedimento dovuto ad altro impegno professionale.

Difatti, si afferma che il difensore che chiede il rinvio del dibattimento per assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento per concomitante impegno professionale non può limitarsi a documentare la contemporanea esistenza di questo, ma deve fornire l'attestazione dell'assenza di un codifensore nell'altro procedimento e prospettare le specifiche ragioni per le quali non possa farsi sostituire nell'uno o nell'altro dei due processi contemporanei, nonché i motivi che impongono la sua presenza nell'altro processo, in relazione alla particolare natura dell'attività che deve svolgervi, al fine di dimostrare che l'impedimento non sia funzionale a manovre dilatorie.

L'impossibilità di farsi sostituire in entrambi i processi non deve solo essere affermata, ma deve essere illustrata e giustificata, non potendo ritenersi sufficienti a tal fine affermazioni del tutto apodittiche e prive anche di un minimo nucleo giustificativo[34].

Anche queste affermazioni vanno recepite con buon senso.

Certamente, data l'organizzazione del processo penale, il difensore potrà articolare la sua attività nominando sin da subito un sostituto ma laddove non lo faccia e vi sia un unico

difensore possono sussistere ragioni di grave impedimento che forniscono un valido titolo all'istanza di rinvio motivate, per esempio, da gravi ragioni di salute (si pensi, d'altronde, alle situazioni create con la pandemia da Covid-19 relative a quarantene o isolamenti domiciliari) o attinenti alla propria sfera personale^[35].

4. Il rinvio dell'udienza di discussione: potere o dovere del giudice amministrativo?

Occorre ora verificare come in questo quadro generale si collochi il rinvio dell'udienza nel processo amministrativo, date le sue peculiarità.

Si è già anticipato che, per quanto sia articolata la trattazione scritta, rimane fondamentale il ruolo dell'udienza di discussione.

Con la sentenza che si commenta, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia sostiene la tesi secondo cui, nell'ordinamento processuale, non esiste una norma o un principio ordinamentale che attribuisca alle parti in causa il diritto al rinvio della discussione del ricorso, fuori dai casi tassativi di diritto a rinvio per usufruire dei termini a difesa previsti dalla legge.

È il caso, ad esempio, della richiesta di rinvio d'udienza per poter proporre motivi aggiunti nel caso di impugnazione di un nuovo provvedimento sopravvenuto connesso a quello già oggetto di ricorso.

In questi casi, il giudice, salva l'ipotesi eccezionale di veri e propri abusi processuali, non può negare il rinvio né subordinarlo a un suo scrutinio preventivo dei motivi aggiunti, nei termini in cui sono preannunciati dalla parte che abbia dichiarato di volerli proporre, perché ciò si risolverebbe in un'inammissibile valutazione prognostica sull'idoneità della domanda (o del motivo) all'accoglimento prima ancora che questa sia stata compiutamente proposta, incidendo sulla stessa sua proposizione^[36].

Vi sono però altri casi in cui sembra difficile negare che le parti possano avere titolo a chiedere il rinvio dell'udienza.

È vero che non esiste una norma del Codice che attribuisce alle parti un diritto al rinvio dell'udienza, anzi l'unica disposizione prevista al riguardo, introdotta peraltro solo nel 2021, è quella del co. 1-bis, art. 73 secondo cui *“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”*.

Occorre, tuttavia, interpretare correttamente questa norma alla luce dell'ordinamento processuale amministrativo.

Il processo amministrativo si regge sul principio della domanda^[37], instaurandosi solamente perché il ricorrente vi ha interesse^[38].

È difficile, pertanto, trovare un senso logico ad un'astratta impossibilità di rinvio di discussione della controversia qualora, per esempio, il ricorrente e l'Amministrazione stiano,

nelle more del giudizio, cercando di individuare una soluzione conciliativa della controversia, potendo ciò astrattamente condurre il giudice a chiudere il processo con una pronuncia di cessazione della materia del contendere che soddisferebbe tutte le parti in causa.

Quindi, laddove le parti rappresentino concordemente l'esistenza di vicende esterne al processo, tali da poter determinare il superamento della situazione di fatto o di diritto sulla quale si è originariamente innestata la vicenda processuale, in modo da rendere la sentenza inattuale o potenzialmente interferente con lo svolgimento dell'attività amministrativa ancora in corso^[39], dovrebbe ritenersi l'esistenza di un dovere del giudice di rinviare l'udienza ad una data utile alla parti per giungere ad un'eventuale soluzione deflattiva del contenzioso.

Il giudice amministrativo in merito a queste soluzioni è alquanto rigido sostenendo che le parti non hanno il potere di incidere sull'organizzazione e sui tempi del processo^[40].

Secondo l'orientamento prevalente, non esiste in capo alle parti un diritto al rinvio della discussione, poiché il principio dispositivo deve essere calato nel sistema di giustizia amministrativa, dove l'esistenza di interessi pubblici, al cui assetto occorre dare certezza, impone, salvo situazioni oggettive tempestivamente allegare – non ricomprendenti neppure l'esigenza di acquisire mezzi istruttori necessari per la migliore difesa in giudizio^[41] - che, una volta fissata (su istanza di chi promuove il giudizio), l'udienza di discussione del ricorso, essa si svolga nella data stabilita^[42].

Alle parti sarebbe riconosciuta la sola facoltà di illustrare le ragioni che potrebbero giustificare il differimento dell'udienza o la cancellazione della causa dal ruolo, rimettendone al Collegio la valutazione dell'opportunità^[43].

Ne consegue, quindi, che, secondo l'orientamento della giurisprudenza, anche del Consiglio di Stato, le parti non hanno un diritto all'istanza di rinvio, ma è il giudice che ha il potere, e non un dovere, di disporre il rinvio al ricorrere di determinate circostanze. Il potere diviene un dovere solo a fronte di situazioni eccezionali, che incidano direttamente sul diritto di difesa delle parti.

Un caso di esercizio di questo potere può essere, ad esempio, quello della costituzione delle parti oltre il termine, che come è noto, è solo ordinatorio.

Difatti, ove la costituzione tardiva comporti una lesione del diritto di difesa della controparte, il giudice può disporre il rinvio dell'udienza a data fissa, nel termine che riterrà congruo rispetto alle eccezioni sollevate per la prima volta in udienza al fine di consentirne la valutazione a garanzia del contraddittorio sostanziale^[44].

Il potere di cui è titolare il giudice amministrativo deve essere però correttamente inquadrato nelle tradizionali classificazioni giuridiche.

Non si tratta di un potere discrezionale, che significhi bilanciamento di vari interessi pubblici, ma è invece il potere di cui normalmente dispone, che è un potere interpretativo, il potere di interpretare, cioè, le disposizioni processuali, al fine di raggiungere l'obiettivo proprio del processo, che è quello di rendere giustizia in tempi ragionevoli^[45].

Così, proprio perché si tratta di un ordinario potere interpretativo, il giudice amministrativo ha ritenuto recentemente che la pendenza della questione innanzi all'Adunanza Plenaria in merito alla corretta interpretazione dell'art. 48, co. 17, 18 e 19-ter, d. lgs 18 aprile 2016 n. 50, cod. contratti pubblici, in materia di raggruppamenti temporanei di imprese e procedure di liquidazione, non giustifica il rinvio dell'udienza di trattazione in attesa della decisione del giudice della nomofilachia sul contrasto giurisprudenziale, fermo restando che non vi sono motivati dubbi in ordine alla corretta interpretazione da dare alle disposizioni applicabili nella fattispecie[46].

Il potere interpretativo del giudice, come si è visto, diviene doveroso a fronte di determinate circostanze che possano ledere il diritto di difesa di una delle parti.

Rimane da comprendere se il motivato impedimento personale del difensore a partecipare alla discussione configuri in capo alla parte un vero e proprio diritto al rinvio.

Il primo principio da tenere in considerazione è che, ove venissero accolte generiche e non motivate istanze di differimento rispetto a quelle tassativamente previste a tutela del diritto di difesa, rischierebbe di essere pregiudicato il diverso principio, parimenti di rango costituzionale, della ragionevole durata del processo[47].

Non è questo il caso dell'istanza di rinvio motivata da un legittimo impedimento del difensore a partecipare all'udienza.

In questo caso, analogamente a quanto avviene dinnanzi alla richiesta di un termine di differimento per poter proporre motivi aggiunti a fronte di produzioni documentali, l'esercizio del potere da parte del giudice è doveroso[48]e, in maniera corrispondente, si può ritenere che in capo alla parte si configuri un diritto al differimento dell'udienza.

La conclusione pare essere pacifica ma occorre dare conto di un orientamento che, sulla falsariga di quanto avviene nel processo civile, è fin troppo rigoroso.

Si afferma, infatti, che la richiesta di rinvio d'udienza presentata da uno dei difensori in ragione della sua impossibilità a partecipare all'udienza deve essere esaminata con riferimento, oltre che al principio del giusto processo, anche al principio della ragionevole durata e della leale collaborazione processuale, dovendosi considerare non solo le esigenze del difensore che chiede il rinvio, ma anche le esigenze organizzative generali del Tribunale e quelle delle altre parti.

In tal senso, non esisterebbe in capo alle parti un diritto potestativo al rinvio della discussione ogni qualvolta il difensore si trovi nell'impossibilità di presentarsi personalmente in udienza per assolvere al proprio mandato, dovendosi valorizzare il dovere di cooperazione che fa obbligo al difensore, il quale sia nelle obiettive condizioni di non poter comparire, di porre in essere ogni attività, materiale o giuridica, necessaria e sufficiente a rendere ugualmente possibile la celebrazione del processo, anche attraverso l'istituto della sostituzione processuale[49].

L'assunto, astrattamente considerato, deve essere contestato.

È vero che la richiesta di rinvio non può essere utilizzata per porre in essere solamente una pratica difensiva dilatoria, perché ciò si porrebbe in contrasto con le esigenze di ragionevole durata del processo e di conseguente deflazione del contenzioso.

Deve essere, però, il giudice a verificare che tutto questo non si verifichi.

La presenza del difensore patrono della causa alla discussione è, come si è detto, il più delle volte fondamentale ed è difficilmente colmabile con l'istituto della sostituzione processuale.

Primo perché il difensore che patrocinia la causa è in grado di illustrare in sede di discussione aspetti della controversia che il collegio potrebbe voler chiarire.

Secondo, ma non quanto ad importanza, perché in sede di discussione potrebbero essere sollevate dal giudice questioni d'ufficio cui il sostituto processuale difficilmente è in grado di replicare, con la conseguenza che verrebbe lesa l'integrità del contraddittorio.

Così, salvo che l'istanza di rinvio paia, *ictu oculi*, concretizzare un abuso del processo, a fronte del legittimo impedimento personale del difensore si deve affermare la configurazione di un diritto della parte al rinvio della discussione, sempre subordinato alla sussistenza del consenso delle altre parti.

5. Osservazioni critiche: in alcuni casi sussiste il diritto delle parti al rinvio dell'udienza.

La pronunzia del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia che si commenta si inserisce nel filone tradizionale della giurisprudenza secondo cui, al di fuori dei casi eccezionali direttamente incidenti sul diritto di difesa delle parti, non esiste un diritto al rinvio dell'udienza in capo alle stesse.

In effetti, se si guarda al dato letterale delle norme del Codice del processo questo orientamento è confermato, anche dopo l'introduzione del co. 1-*bis* all'art. 73.

Occorre, però, fare attenzione e ricostruire correttamente il quadro ordinamentale.

In linea di principio, al giudice amministrativo, in virtù del suo potere di direzione del processo, spetta un potere, che si è detto essere interpretativo e non certamente discrezionale, di rinvio dell'udienza.

L'esercizio di questo potere diviene doveroso laddove ci siano delle situazioni che incidano direttamente sul diritto di difesa delle parti e sull'integrità del contraddittorio sostanziale: si pensi alla richiesta di proposizione di motivi aggiunti di ricorso a fronte della produzione documentale di controparte o al legittimo impedimento del difensore di una delle parti qualora il giudice voglia sollevare una questione d'ufficio.

In questi casi, non si può negare, come invece sembra fare la giurisprudenza, che in capo alle parti sussista un diritto al rinvio.

Sotto questo profilo, la questione non può essere liquidata semplicemente affermando, come fatto anche dalla pronunzia in commento, che “*pur non potendo dubitarsi che anche il processo amministrativo è regolato dal principio dispositivo, in esso non vengono in rilievo esclusivamente interessi privati, ma trovano composizione e soddisfazione anche gli interessi pubblici che vi sono coinvolti?*”.

Quali sono questi interessi pubblici coinvolti?

Anzitutto, principi di rango costituzionale.

Quindi, certamente, la ragionevole durata del processo. Ma occorre anche considerare il principio del giusto processo e la necessità di garantire la pienezza del contraddittorio.

Ecco, in tutti i casi ove questa possa venire lesa, vi è un diritto delle parti al rinvio della discussione che, se caratterizzato dal consenso di tutti, determina un dovere del giudice di procedere al differimento dell'udienza.

[1] Sulla controversa natura giuridica della Autorità portuali v. F. Benvenuti, *La disciplina degli enti portuali e il provveditorato al Porto di Venezia*, in *Riv. dir. nav.*, 1959, 3 ss.; L. Acquarone, *Aspetti pubblicistici della disciplina delle imprese portuali*, in *Ann. Genova*, 1965, 44 ss.; Id., *Demanio marittimo e porti*, in *Dir. mar.*, 1983, 84 ss.; G. Sirianni, *L'ordinamento portuale*, Milano, Giuffrè, 1981; G. Pericu, *Porto (navigazione marittima)*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1985, vol. XXXIV, 18 ss.; G. Falzea, *Riflessioni sulla natura giuridica e sulle funzioni dell'ente portuale*, in *Studi in onore di G. Vignocchi*, Modena, Mucchi Editore, 1992, 579 ss.; E. Bani, *Autonomia e «indipendenza» dell'autorità portuale*, in *Aa. Vv., Autorità portuali e nuova gestione dei porti*, Padova, Cedam, 1998, 106 ss.; Id., *Porto e funzione portuale: premessa ad uno studio del bene porto*, Milano, Giuffrè, 1998; S.M. Carbone, *La cd. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*, in *Dir. maritt.*, 2000; G. Vermiglio, *Autorità portuale*, in *Encicl. dir.*, Agg., VI, Milano, Giuffrè, 2002, 192 ss.; A.M. Citrigno, *Autorità portuale*, Milano, Giuffrè, 2003; M.R. Spasiano, *Spunti di riflessione in ordine alla natura giuridica e all'autonomia dell'autorità portuale*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2965 ss.; M. Calabrò, *Il controverso inquadramento giuridico delle autorità portuali*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2923 ss.; M.R. Spasiano (a cura di), *Il sistema portuale italiano tra funzione pubblica, liberalizzazione ed esigenza di sviluppo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici: una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; P. Rubecchini, *Critica della ragion portuale: una prima analisi del d.lgs. n. 169/2016*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 19 ss.; A. Natalini, S. Scognamiglio (a cura di), *Porti: storia, economia, amministrazione del sistema portuale italiano*, Bologna, Il Mulino, 2020.

[2] Sul punto, per un'ampia disamina, cfr. F. Tundo, *Il regime tributario delle Autorità portuali*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 681 ss.; G. Croce, *La tassa portuale*, in *Dir. e prat. trib.*, 2005, 20897 ss.; G. Marongiu, *Sulla natura e sulla debenza della “tassa portuale”*, in *Fisco*, 2004, 43 - p. I, 7244 ss.; M. Basilavecchia, *Le problematiche tributarie nella gestione del demanio marittimo*, in *Boll. trib.*, 2002, 1367 ss.;

[3] Per un'analisi del dettato costituzionale cfr., *ex multis*, A. Fedele, *Art. 23*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1978, 103 ss.; E. Tosato, *Prestazioni patrimoniali imposte e riserva di legge*, in *Aa. Vv., Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, 1970, Vol. III, 2134 ss.; S. Fois, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, Giuffrè, 1963; v., inoltre, R. Balduzzi, F. Sorrentino, *Riserva di legge*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1989, Vol. X, 1207 ss.; E. Corali, *Cittadini, tariffe e tributi: principi e vincoli costituzionali in materia di prestazioni patrimoniali imposte*, Milano, Giuffrè, 2009.

[4] V., da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 24 maggio 2021, n. 3990, in www.giustizia-amministrativa.it.

[5] Così, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 17 dicembre 2021, n. 13120, in *Guida dir.*, 2022, 2 ss.

[6] Sulle problematiche delle udienze da remoto per lo smaltimento dell'arretrato nel processo amministrativo v. le riflessioni di F. Volpe, *Il processo amministrativo dopo l'estate del 2021*, in *Giustiziasieme*, 1° ottobre 2021.

[7] Sul punto cfr. M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, Giappichelli, 2017; V. Parisio (a cura di), *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*, Milano, Giuffrè, 2009.

[8] Sull'applicazione di questo principio cfr. N. Bassi, *Ragionevole durata del processo e irragionevoli lungaggini processuali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1182 ss.; M. Poto, *Processo e ragionevole durata: la bestiola tutta pace e tutta flemma*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1071 ss.; C. Saltelli, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 979 ss.; F. Auletta, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 959 ss.; in generale cfr. G. Verde, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 505 ss.; L.P. Comoglio, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 590 ss.

[9] Cfr. M. Nigro, *L'ammissione delle prove nel processo davanti al Consiglio di Stato: poteri collegiali e poteri presidenziali*, in *Foro amm.*, 1966, III, 209 ss.

[10] Per una ricostruzione di questa evoluzione del processo amministrativo v. M. Nigro, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, V, 18.

[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] V., ad esempio, C.E. Gallo, *Lo svolgimento del giudizio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 520 ss.

[14] Così M.P. Chiti, *Influenza dei valori costituzionali e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 117 ss.

[15] 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.

[16] In tema cfr. l'affermazione di Cons. Stato, Sez. II, 12 dicembre 2019, n. 8447, in *Foro amm.*, 2019, 2003 ss.

[17] 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.

[18] 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.

[19] 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".

[20] 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.

[21] 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".

[22] 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.

[23] 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*.

[24] Per una ricostruzione generale della fase istruttoria nel giudizio amministrativo si rinvia a C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1994; più di recente v. altresì P. Lombardi, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 85 ss.; L. Giani, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. amm.*, 2014, 537 ss.

[25] Cass. civ., Sez. II, 26 agosto 2021, n. 23455, ha statuito che il rinvio d'ufficio dell'udienza, a norma dell'art. 168-bis c.p.c., co. 4, non determina la riapertura dei termini per il deposito della comparsa e per la proposizione dell'appello incidentale. La sentenza è reperibile in *ilprocessocivile.it*, 14 settembre 2021, con nota di F. Agnino, *La Corte di Cassazione torna sugli effetti del differimento dell'udienza ex art. 168-bis c.p.c.*

[26] Cass. civ., Sez. III, 10 giugno 2020, n. 11116, in *Giust. civ. Mass.*, 2020, ha affermato che, in tema di decisione della causa ai sensi dell'art. 281 *sexies* cod. proc. civ., la facoltà delle parti di chiedere un differimento dell'udienza di discussione può essere esercitata esclusivamente dopo la pronuncia dell'ordine del giudice di discussione orale, poiché solo in tale momento e non prima si determina l'avvio del relativo subprocedimento e si attivano i corrispondenti poteri delle parti, i quali intanto hanno ragione di estrinsecarsi in quanto il magistrato si sia indotto a procedere con la definizione immediata.

[27] Cass. civ., Sez. VI, 28 gennaio 2021, n. 1793, in *Giust. civ. Mass.*, 2021.

[28] In questo senso Cass. civ., Sez. Un., 26 marzo 2012, n. 4773, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 3, 397 ss.

[29] Così, ad esempio, Cass. civ., Sez. VI, 15 ottobre 2018, n. 25783, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Cass. civ., Sez. III, 6 maggio 2016, n. 9245, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; con riferimento all'applicazione di questa disposizione anche al processo tributario e sull'irrelevanza, per il rinvio dell'udienza di discussione, della successiva assunzione di altro impegno professionale cfr. Cass. civ., Sez. VI, 15 luglio 2016, n. 14600, in *Giust. civ. Mass.*

[30] Così Cass. civ., Sez. I, 27 agosto 2013, n. 19583, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

[31] Non si può che concordare con C.E. Gallo, *L'impedimento del difensore ed il rinvio dell'udienza nel processo amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2011, 1031 ss., secondo cui "il sostituto processuale od il delegato d'udienza non sono di norma in grado di far fronte alla rappresentazione di una questione rilevabile d'ufficio e, a questo punto, l'unica soluzione ragionevole del problema non potrà che essere un rinvio dell'udienza di discussione".

[32] 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, L. De Gaetano, *Alcune riflessioni in materia di abuso del processo ed eccezione di legittimazione passiva sollevata in appello*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 432 ss.; 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"; sul cattivo esercizio del diritto nel processo amministrativo si rinvia altresì a S. Foà, *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela*, Napoli, Jovene, 2012, 156 ss.; 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.; Id., *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 685 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; K. Peci, *Difetto di giurisdizione e abuso del processo amministrativo*, commento a Cons. St., Sez. III, 13 aprile 2015, n. 1855, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 691 ss.; E. Boscolo, *Le condizioni dell'azione e l'abuso del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2014, 8 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 processualciviltistico 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"; si rinvia, inoltre, al contributo di G. De Stefano, *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 582 ss.

[33] Cass. pen., III, 26 maggio 2021, n. 35974, in *Dir. e giust.*, 2021, 5 ottobre, ha specificato che la richiesta di rinvio dell'udienza per legittimo impedimento del difensore, anche qualora inviata in cancelleria mediante posta elettronica certificata, determina comunemente l'onere del giudice di valutare l'impedimento dedotto.

[34] Così Cass. pen., Sez. V, 7 ottobre 2020, n. 30741, in *Dir. e giust.*, 2020, 5 novembre.

[35] Cfr., al riguardo, l'orientamento già espresso da Cass. pen., Sez. I, 9 dicembre 2008, n. 47753, in *Cass. pen.*, 2003, 12, 4785; Cass. pen., Sez. V, 1° luglio 2008, n. 29914, *ivi*, 2009, 10, 3916; Cass. pen., Sez. V, 20 settembre 2006, n. 35011, *ivi*, 2008, 3, 1074.

[36] Così, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 9 luglio 2019, n. 4793, in www.giustizia-amministrativa.it.

[37] In generale, sul principio della domanda, cfr. C. Consolo, *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, VII, Torino, Utet, 1991, 44 ss.; G. Verde, *Domanda (principio della)*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1989, 1 ss.

[38] In tema v. M. Ramajoli, *L'atto introduttivo del giudizio amministrativo tra forma e contenuto*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1051 ss.

[39] Sul punto v. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 28 febbraio 2018, n. 2215, in *Foro amm.*, 2018, 287 ss.

[40] Da ultimo, ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 24 maggio 2021, n. 3990, in www.giustizia-amministrativa.it.

[41] Così si è espresso T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 18 aprile 2017, n. 139, in *Foro amm.*, 2017, 929 ss.

[42] Così T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 14 maggio 2020, n. 672, in *Foro amm.*, 2020, 1101 ss.

[43] Da ultimo, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 23 aprile 2021, n. 377, in www.giustizia-amministrativa.it.

[44] Così Cons. Stato, Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 196, in www.giustizia-amministrativa.it; da ultimo T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 15 gennaio 2019, n. 45, in *Foro amm.*, 2019, 146 ss.

[45] Concorde è l'opinione di C.E. Gallo, *L'impedimento del difensore ed il rinvio dell'udienza nel processo amministrativo*, cit., 1031 ss.

[46] Così T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 17 dicembre 2021, n. 13120, in *Guida dir.*, 2022, 2.

[47] T.A.R. Toscana, Sez. II, 12 marzo 2018, n. 369, in www.giustizia-amministrativa.it.

[48] V., ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 16 gennaio 2020, n. 505, in www.giustizia-amministrativa.it.

[49] In questo senso T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 18 maggio 2017, n. 382, in www.giustizia-amministrativa.it.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2505 – 26 ottobre 2022

L'accesso telematico al fascicolo processuale: legittimazione del terzo e rimedi impugnatori avverso la decisione di diniego (Nota a Cons. giust. amm. Reg. Siciliana, 22 settembre 2022, n. 963)

di Michele Ricciardo Calderaro

Sommario: 1. Il caso di specie. – 2. Il PAT e l'accesso telematico al fascicolo processuale da parte del terzo estraneo al processo. – 3. La (non) impugnabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di accesso. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Il caso di specie.

La sentenza che si annota interviene su un aspetto molto particolare del processo amministrativo, ovvero l'accesso telematico al fascicolo processuale, in particolare da parte di un terzo estraneo al giudizio.

La questione in primo grado si concreta nell'ordinanza collegiale del T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 30 maggio 2022, n. 1788, che ha respinto l'istanza di accesso al fascicolo telematico avanzata da un terzo estraneo ad un giudizio peraltro già conclusosi con sentenza di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse.

L'istanza di accesso è intervenuta in un giudizio particolarmente complesso, nel quale la parte ricorrente, a seguito della dichiarazione di fallimento, ha proseguito con la curatela fallimentare, con conseguente preclusione di ogni ulteriore attività processuale spendibile, in relazione a tale fascicolo, del soggetto che ha presentato l'istanza e che agisce, peraltro, nella qualità di Commissario dell'Associazione che ne è stata parte.

L'istanza è stata motivata dalla volontà di presentare un'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 30, cod. proc. amm. ma è stata respinta dal T.A.R. Sicilia, Palermo, tra l'altro, poiché *“gli atti di tale causa ormai definita – peraltro nei termini su indicati – non potrebbero determinare alcuna conseguenza diretta o indiretta sulla posizione dichiarata dall'istante, in quanto la legittimazione processuale è esclusivamente in capo alla Curatela del fallimento, ai sensi dell'art. 43 del R.D. n. 267/1942”*.

Avverso quest'ordinanza è stato interposto appello al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, giudicato inammissibile con sentenza n. 963 del 22 settembre 2022 in quanto l'istanza del terzo di accesso al fascicolo telematico non è un processo né un incidente del processo, e pertanto il provvedimento che decide su tale istanza non è soggetto ai mezzi di impugnazione di cui al libro III del cod. proc. amm.

Prima di interrogarci sull'eventuale possibilità di impugnare la decisione che rigetta l'istanza di accesso al fascicolo processuale, occorre far partire la nostra analisi proprio dalla natura giuridica di questa tipologia di accesso.

2. Il PAT e l'accesso telematico al fascicolo processuale da parte del terzo estraneo al processo.

Anzitutto, un'osservazione di carattere generale attinente alla fonte normativa di riferimento.

L'accesso telematico al fascicolo processuale non è disciplinato da alcuna norma del Codice del processo amministrativo, trovando invece la sua fonte nell'art. 17, allegato 1, decreto del Presidente del Consiglio di Stato 28 luglio 2021, recante, almeno dal punto di vista astratto, esclusivamente le regole tecniche sul PAT^[1], il quale, per quanto qui di specifico interesse, dispone che: *“1. L'accesso al fascicolo informatico dei procedimenti come risultanti dal SIGA, secondo le modalità stabilite dalle specifiche tecniche di cui all'articolo 19, è consentito al presidente o al magistrato delegato per i provvedimenti monocratici, a ciascun componente il collegio giudicante nonché, nei limiti di cui al comma 2, agli ausiliari del giudice.*

2. Gli ausiliari del giudice accedono ai servizi di consultazione nel limite dell'incarico ricevuto e dell'autorizzazione concessa dal giudice.

3. L'accesso di cui al comma 1 è altresì consentito ai difensori muniti di procura, agli avvocati domiciliatari, alle parti personalmente nonché, previa autorizzazione del giudice, a coloro che intendano intervenire volontariamente nel giudizio.

4. In caso di delega, il SIGA consente l'accesso ai fascicoli dei procedimenti patrocinati dal delegante previa comunicazione, a cura di parte, di copia della delega stessa, o di dichiarazione del sostituto da cui risulti il conferimento di delega verbale, al responsabile dell'ufficio giudiziario, che provvede ai conseguenti adempimenti. L'accesso è consentito fino alla comunicazione della revoca della delega.

5. La delega o la dichiarazione, sottoscritta con firma digitale, è redatta in conformità alle specifiche tecniche di cui all'articolo 19”.

L'aver specificato la fonte normativa di riferimento è un aspetto di non secondario interesse, perché ci consentirà di comprendere la possibilità o meno di impugnazione dell'eventuale pronunzia giurisdizionale di rigetto dell'istanza di accesso.

È però, prima di tutto, interessante soffermarsi sulla natura di questa.

Non credo vi possa essere alcun dubbio sul fatto che l'accesso del terzo a un fascicolo processuale non è equiparabile all'accesso ai documenti amministrativi, non essendo il processo, per definizione, un procedimento amministrativo, ma *res inter alios*, in cui l'accesso a terzi è consentito solo in presenza di presupposti rigorosi.

In egual maniera, non è possibile affermare la sussistenza di un diritto soggettivo del terzo ad accedere ad un fascicolo processuale *inter alios*, dato che gli atti difensivi non hanno carattere pubblico e dunque sono accessibili solo dalle parti del processo, che siano costituite o che siano state evocate in giudizio^[ii].

Ne consegue che l'accesso di terzi al fascicolo processuale deve essere autorizzato dal giudice, che nell'ambito della giustizia amministrativa non può che essere il collegio, essendo eccezionali i poteri di decisione attribuiti all'organo monocratico^[iii].

Per quanto concerne la limitazione dell'accesso alle sole parti del processo vi sono certamente delle esigenze di sicurezza e privacy, in conseguenza delle quali non appare illogica l'introduzione di regole operative che, prendendo spunto dall'evoluzione tecnologica, limitino l'accesso ai fascicoli processuali alle sole persone direttamente interessate al contenzioso (parti e loro avvocati) e non anche a terzi^[iv], ovviamente nel rispetto di un equo bilanciamento tra rispetto della privacy e la tutela dei diritti alla difesa *ex art. 24 Cost.*

L'accesso al fascicolo processuale presuppone la qualità di parte attuale o potenziale (chi aspira a diventare parte o interveniente).

È evidente, pertanto, che l'assenza di un diritto soggettivo del terzo ad accedere a un fascicolo processuale non reca al terzo alcun *vulnus* in quanto: a) eventuali documenti amministrativi contenuti nel fascicolo processuale sono accessibili secondo le regole ed i limiti del diritto di accesso a documenti amministrativi presso l'Amministrazione depositaria; b) gli atti processuali privati non sono suscettibili di accesso perché nessuna norma lo prevede, e il soggetto interessato può acquisirli dal privato che li ha formati solo con il suo consenso, secondo le regole proprie del diritto civile.

Si è detto che l'accesso al fascicolo processuale non è equiparabile all'accesso ai documenti amministrativi perché i documenti contenuti nel fascicolo non sono di per sé qualificabili come documenti amministrativi.

Ciò non vuol dire che nel fascicolo di parte non vi possano essere documenti amministrativi, e rispetto a questi si applicheranno le ordinarie regole dell'accesso documentale o procedimentale di cui alla legge n. 241 del 1990^[v], ma, al contempo, gli atti processuali di parte non sono documenti soggetti alla disciplina dell'accesso documentale^[vi], essendo atti privati, e come tali acquisibili solamente tramite il consenso della parte.

Chiarito in generale che il documento è "*una cosa che fa conoscere un fatto*"^[vii], occorre delimitare, quindi, che cosa si intenda per documento amministrativo.

La nozione di questo emerge chiaramente dal dettato normativo, in particolare dall'art. 22, co. 1, lett. d), legge n. 241 del 1990^[viii] e dall'art. 1, co. 1, lett. a) del d.P.R. n. 445 del 2000, e su di essa non vi possono essere dubbi^[ix].

Il primo, nel fornire le definizioni nel capo della legge generale sul procedimento amministrativo dedicato al diritto d'accesso, qualifica documento amministrativo "*ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie 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*".

A sua volta, in modo sostanzialmente analogo, la seconda norma, inserita nel Testo Unico delle disposizioni in materia di documentazione amministrativa, dispone che documento amministrativo è "*ogni rappresentazione, comunque formata, del contenuto di atti, anche interni, delle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa*".

La giurisprudenza amministrativa adotta queste qualificazioni in modo assolutamente estensivo.

Si ritiene anzitutto, in generale, che per documento amministrativo suscettibile di esibizione debba intendersi qualsiasi narrazione di fatti desumibile da supporti scritti, iconografici, elettronici o altro: non si tratta, quindi, della necessità di elaborare dei dati, quanto piuttosto di reperirli in modo congruo e di presentarli al richiedente che dimostra di essere in possesso di un titolo per visionarli e copiarli^[x].

Inoltre, debbono essere considerati atti amministrativi soggetti alla disciplina dell'accesso anche gli atti interni concernenti un'attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale, allo scopo di assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa^[xi], con la conseguenza che la nozione di documento amministrativo ricomprende necessariamente tutti gli atti trasmessi o, comunque, presi in considerazione nell'ambito di un procedimento amministrativo, ancorché di natura privatistica, purché correlati ad un'attività amministrativa^[xii].

Così, sulla base di questi orientamenti, a solo titolo esemplificativo, sono stati fatti rientrare nella nozione di documento amministrativo assoggettabile alla disciplina dell'accesso di cui all'art. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990 la registrazione sonora di sedute del Consiglio comunale^[xiii], il codice sorgente del *software* della prova concorsuale informatizzata^[xiv], le riproduzioni audio o audiovideo di una prova orale di un concorso pubblico^[xv], la documentazione sanitaria relativa ad un ricovero ed eventuale intervento chirurgico con i relativi esami diagnostici richiesti dai parenti di una persona deceduta in ospedale^[xvi], i documenti inerenti la fatturazione elettronica^[xvii], nonché le comunicazioni relative ai rapporti finanziari e, in particolare, le dichiarazioni dei redditi^[xviii].

La nozione di documento amministrativo^[xix] è ampia ma in questa non vi possono rientrare gli atti difensivi di parte contenuti in un fascicolo processuale.

A ciò si aggiunga che, nel caso di specie, il ricorrente in appello è da considerarsi terzo estraneo al processo in quanto non è stato parte del giudizio cui ha chiesto l'accesso né può diventarne parte perché il fascicolo è definito data la sentenza di improcedibilità intervenuta in primo grado.

Non si tratta di una regola stravagante, perché analoga disciplina è prevista per il processo civile.

Difatti, in questo non sussiste in capo al privato, ancorché parte processuale, il diritto di accedere ad un atto del fascicolo del giudizio innanzi al giudice, in quanto gli atti del processo civile non rientrano, al pari di tutti gli atti giudiziari o processuali, tra quelli ostensibili ai sensi della legge 7 agosto 1990 n. 241.

Invero, nel processo civile^[xx], l'accesso documentale è regolato dall'art. 76 delle disposizioni attuative del codice di procedura civile, per il quale le parti o i loro difensori muniti di procura possono esaminare, oggi in via telematica^[xxi], gli atti e i documenti inseriti nel fascicolo d'ufficio e in quelli delle altre parti e farsene rilasciare copia dal cancelliere, osservate le leggi sul bollo.

Ma, al di là di questa ipotesi, non sembra possibile ottenere l'ostensione documentale di atti processuali civili e, comunque, lo strumento per perseguire l'interesse alla conoscenza di atti del fascicolo del processo civile non può essere che interno allo stesso processo^[xxii].

È, perciò, sempre la parte processuale (o il relativo difensore) e non il terzo estraneo che ha la facoltà di accedere al fascicolo d'ufficio o a quello delle altre parti costituite in giudizio.

La giurisprudenza amministrativa, al fine di chiarire i presupposti della legittimazione del terzo, ha cercato di elencare quali siano gli atti da cui desumere la volontà del terzo d'intervenire in giudizio e che quindi legittimano l'accesso al fascicolo processuale, *rectius* agli atti e documenti delle parti già costituite.

In particolare, ciò si verifica mediante un atto processuale di intervento nel processo o di impugnazione della decisione, ove essa vi sia; mediante un ordine di esibizione del giudice conseguente ad un ricorso giurisdizionale in cui si dimostri lo specifico interesse a conoscere gli atti di un giudizio cui si è estranei; ottenendo il previo consenso all'accesso di tutte le parti del processo ai cui atti si intende accedere^[xxiii].

A questo punto si rende necessario compiere qualche breve riflessione sull'intervento del terzo nel processo amministrativo^[xxiv].

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^[xxv].

Anzitutto, l'intervento può essere qualificato come volontario o coatto[[xxvi](#)] 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[[xxvii](#)].

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[[xxviii](#)], 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[[xxix](#)], mentre l'intervento adesivo dipendente si ha quando il terzo, avendo un proprio interesse, interviene per sostenere le ragioni di una delle parti[[xxx](#)], al fine di ottenere una sentenza favorevole alla parte adiuvata[[xxxi](#)].

Se il codice di procedura civile disciplina compiutamente le diverse tipologie di intervento[[xxxii](#)], 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[[xxxiii](#)].

La risposta formatasi era nel senso di escludere una generalizzata trasposizione delle norme processualciviltiche nel processo amministrativo[[xxxiv](#)], 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 jus*[[xxxv](#)].

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 dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato[[xxxvi](#)].

Entrambe le disposizioni si limitavano a stabilire la possibilità di intervenire in giudizio per coloro che avessero un interesse nella contestazione[[xxxvii](#)] ed a disciplinare le modalità di notifica e del successivo deposito dell'atto di intervento[[xxxviii](#)].

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[[xxxix](#)] 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 incompatibile[[xl](#)], 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^[xli].

Questa conclusione ha trovato conferma nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, in specie nei propri arresti antecedenti al codice del 2010^[xlii].

In particolare, i giudici amministrativi hanno ribadito che il terzo interventore, 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^[xliii].

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^[xliv].

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^[xlv].

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*^[xlvi] ma non di *mutatio libelli*^[xlvii], 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^[xlviii].

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^[xlix], 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^[i].

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^[ii].

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^[iii], 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^[iiii].

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^[v] ed in intervento *ad opponendum* quando l'interventore aderisca alla posizione della parte resistente o del controinteressato^[vi], opponendosi, in tal modo, alle domande avanzate dal ricorrente^[vii].

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^[lvii], 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 la proposizione di un ricorso principale nei prescritti termini decadenziali^[lviii].

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^[lix] 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^[x] mentre è, al contrario, ammesso l'intervento del successore a titolo particolare nel rapporto controverso^[xi].

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^[xii].

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^[xiii].

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^[xiv].

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[[lxv](#)].

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.)[[lxvi](#)] 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*[[lxvii](#)].

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[[lxviii](#)].

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[[lxix](#)].

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[[lxx](#)].

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[[lxxi](#)].

Se si configura il giudizio amministrativo non più necessariamente come un giudizio su un atto[[lxxii](#)] ma come un giudizio su un rapporto[[lxxiii](#)] 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[[lxxiv](#)].

In questi casi, quindi, la legittimazione ad intervenire nel giudizio legittima altresì l'accesso al fascicolo delle altre parti costituite; in caso di estraneità al giudizio, invece, non sussiste alcun diritto soggettivo all'accesso, così come è nel caso di specie.

3. La (non) impugnabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di accesso.

Chiarita la portata della facoltà di accesso al fascicolo del giudizio da parte del terzo, si pone una questione processuale.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia ha giudicato inammissibile l'appello presentato avverso la sentenza del T.A.R. Sicilia, Palermo, che ha rigettato l'istanza di accesso al fascicolo processuale.

Ed infatti, la decisione sull'istanza del terzo al fascicolo telematico non è contemplata dal cod. proc. amm. ma dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato che reca le regole tecniche del processo telematico. Non si tratta di un procedimento giurisdizionale disciplinato dal Codice.

Conseguentemente, nessuna norma del Codice del processo prevede l'appello o altro rimedio avverso la decisione del T.A.R. che nega l'accesso del terzo al fascicolo processuale.

Il cod. proc. amm. prevede rimedi in relazione a decisioni del giudice rese in esito al processo o in esito a incidenti del processo.

L'istanza del terzo di accesso al fascicolo telematico non è un processo né un incidente del processo, e pertanto il provvedimento che decide su tale istanza non è soggetto ai mezzi di impugnazione di cui al libro III del c.p.a perché si tratta di una decisione che non definisce il giudizio né in via definitiva né in via interlocutoria.

Peraltro, sempre il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, in altra pronunzia recente, aveva confermato la non impugnabilità della decisione di rigetto dell'istanza di accesso al fascicolo processuale anche in virtù del fatto che i rimedi giustiziali presuppongono l'esistenza di una situazione soggettiva meritevole di tutela, in questi casi inesistente, in quanto nessuna norma giuridica prevede l'esistenza della situazione soggettiva rivendicata dall'appellante, ossia un diritto soggettivo del terzo ad accedere a un fascicolo processuale *inter alios* [lxxv].

La non impugnabilità del diniego alla richiesta di accesso al fascicolo processuale da parte del terzo estraneo al processo appare un principio non contestabile.

È noto, difatti, che sono appellabili tutte le decisioni del giudice di primo grado che, indipendentemente dalla qualificazione delle medesime in termini di sentenza, abbiano un contenuto decisorio.

Così non è nel caso di specie perché la pronunzia del T.A.R. Palermo nulla decide in ordine al processo, né una questione di merito né una di rito.

Se la sentenza non decide una questione in rito o non risolve un punto della controversia non è, evidentemente, materia da sottoporre al sindacato del giudice di appello. Si tratta semplicemente della formalizzazione di un passaggio logico dell'iter seguito dal giudice di primo grado, il cui sindacato sarà possibile soltanto allorché quello stesso giudice avrà completato il proprio convincimento decidendo in ordine alla controversia [lxxvi].

L'orientamento è analogo, pertanto, a quello che nella giurisprudenza si è formato sin dagli anni ottanta del secolo scorso sull'appellabilità delle sentenze interlocutorie[[lxxvii](#)].

L'inammissibilità dell'appello[[lxxviii](#)] è talmente evidente nel caso in esame che il Consiglio di giustizia si è pronunciato avvalendosi della nuova norma di cui all'art. 72-*bis* del Codice del processo, introdotta nel 2021 al fine di accelerare lo svolgimento dei giudizi amministrativi e consentire la riduzione dell'arretrato[[lxxix](#)].

Questa norma, rubricata “Decisione dei ricorsi suscettibili di immediata definizione”, dispone che *“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 è giunti ad una decisione rapida, in forma semplificata[[lxxx](#)], che ha definito la questione data l'incontestabile non impugnabilità della pronuncia del T.A.R. Palermo.

4. Osservazioni conclusive.

La pronuncia del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia deve essere condivisa e pone chiarezza quanto ai due profili principali della controversia, ovvero la (im)possibilità di accesso in via telematica al fascicolo processuale da parte di un terzo estraneo al giudizio e la non appellabilità della decisione di rigetto del giudice di primo grado della relativa istanza di accesso.

Come si è visto nella nostra ricostruzione, non vi è alcun contrasto giurisprudenziale su questi aspetti e la soluzione fornita dal Consiglio di giustizia amministrativa è pacifica.

Ciò ha portato il giudice d'appello siciliano a non ravvisare i presupposti per la rimessione della questione all'Adunanza Plenaria, come sollecitato dalla parte appellante durante la discussione orale, perché presupposto unico per la rimessione alla Plenaria da parte di una Sezione è che vi sia un contrasto giurisprudenziale attuale o potenziale (art. 99, co. 1, cod. proc. amm.), situazione che nel caso di specie non ricorre, non essendovi alcun contrasto giurisprudenziale attuale.

Né vi è un contrasto giurisprudenziale “virtuale”, che pure giustifica la rimessione alla Plenaria; lo stesso non può essere meramente ipotetico e astratto, ma deve essere legato alla concreta pendenza di casi analoghi a quello *de quo*, e tale pendenza non è ravvisabile in questo caso, anzi la giurisprudenza, come si è visto, è del tutto omogenea con le posizioni assunte dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia.

Di conseguenza, non vi è la necessità di alcuna pronuncia dell'Adunanza Plenaria[[lxxxii](#)] sul punto perché non vi può essere alcun dubbio sull'inesistenza di un diritto soggettivo di accesso al fascicolo processuale da parte del terzo estraneo al giudizio e sull'inappellabilità della relativa decisione di rigetto dell'istanza presentata.

[i] In realtà, il decreto adotta delle linee guida, che hanno l'obiettivo di armonizzare l'attività degli uffici per il processo e di renderla in tal modo più efficiente per il raggiungimento dell'obiettivo dello smaltimento dell'arretrato della giustizia amministrativa: cfr., sul punto, G. Napolitano, *Giustizia amministrativa e ripresa economica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 309 ss.; in tema cfr. anche E. Schneider, *Il processo amministrativo telematico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 133 ss.

[ii] Così, ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 3 maggio 2019, n. 5631, in www.giustizia-amministrativa.it.

[iii] T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 18 febbraio 2019, n. 296, in www.giustizia-amministrativa.it.

[iv] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 27 settembre 2018, n. 9593, in *Foro amm.*, 2018, 1528 ss.

[v] La letteratura sul punto è amplissima; *ex multis*, si rinvia a M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.; F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione teorica*, in *Federalismi*, n. 10/2019, 3 ss.; F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 743 ss.; A. Cauduro, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Dir. amm.*, 2017, 601 ss.; A. Romano, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in Alb. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 910 ss.; M. Occhiena, *I diritti di accesso dopo la riforma della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 905 ss.; S. Cimini, *Accesso ai documenti amministrativi e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Giust. civ.*, 2005, 407 ss.; M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Encicl. dir.*, agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000, 1 ss.; M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza*, Bari, Cacucci, 2000, 1 ss.; M. Clarich, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 430 ss.; A. Romano Tassone, *A chi serve il diritto d'accesso? (Riflessioni su legittimazione e modalità d'esercizio del diritto d'accesso nella legge n. 241/1990)*, in *Dir. amm.*, 1995, 315 ss.; F. Figorilli, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 206 ss.

[vi] Si v. la fondamentale voce di C.E. Gallo, S. Foà, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, Agg., 2000, 1 ss.

[vii] Il riferimento testuale è a F. Carnelutti, *Documento (teoria moderna)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, Utet, 1960, 86; ma lo stesso Autore aveva espresso la medesima idea in numerosi altri fondamentali studi sul tema: Id., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, Cedam, 1936, 690, ove si parla di "cosa che docet"; Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, Cedam, 1926 (ristampa anastatica del 1986), 476, ove si parla di "opus (il risultato di un lavoro)"; Id., *La prova civile, parte generale*, Milano, Giuffrè, 1915, rist. 1992, 138.

[viii] Così come modificato dalla legge n. 15 del 2005 su cui si può rinviare, per un inquadramento generale, a S. Amorosino, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla disciplina generale del procedimento*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 2635 ss.

[ix] Le nozioni di documento amministrativo e del connesso diritto d'accesso da esercitare erano già state immaginate prima della legge n. 241 del 1990, ed in particolare dalla Commissione Nigro: cfr. sul punto V. Parisio, *Il diniego di accesso ai documenti amministrativi nella normativa di attuazione della l. 7 agosto 1990 n. 241: prime indicazioni*, in *Giust. civ.*, 1995, 305 ss.; nonché S. Caponi, A. Saija (a cura di), *Nuovo procedimento amministrativo*, Edizioni delle Autonomie, 1992, 348 ss.; G. Pastori, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi in Italia*, in *Amministrare*, 1986, 149 ss.; B. Selleri, *Il diritto di accesso agli atti del procedimento amministrativo*, Napoli, Esi, 1984, 1 ss.

[x] T.A.R. Liguria, Sez. I, 9 maggio 2018, n. 434, in www.giustizia-amministrativa.it; ma anche T.A.R. Toscana, Sez. I, 31 maggio 2018, n. 775, *ini*.

[xi] Cfr., in tema, D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, 1047 ss.

[xii] Così Cons. Stato, Sez. IV, 20 ottobre 2016, n. 4372, in *Foro amm.*, 2016, 2339; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 11 febbraio 2016, n. 396, in *Foro amm.*, 2016, 498; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 8 aprile 2015, n. 497, in *Foro amm.*, 2015, 1179, che vi ricomprende anche gli atti negoziali e le dichiarazioni unilaterali dei privati, purché acquisiti nell'ambito di un procedimento amministrativo.

[xiii] T.A.R. Piemonte, Sez. I, 27 maggio 2011, n. 563, in *Foro amm. TAR*, 2011, 1474.

[xiv] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 1° luglio 2020, n. 7526, in *Guida dir.*, 2020, 36, 44. Per un approfondimento in letteratura si rinvia a E. Prosperetti, *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziari. Un'analisi a partire da due pronunce del Tar Lazio*, in *Dir. inform. e informatica*, 2019, 1099 ss.

[xv] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 10 dicembre 2019, n. 14140, in *Foro amm.*, 2019, 2111.

[xvi] T.A.R. Sardegna, Sez. I, 4 marzo 2019, n. 193, in *Foro amm.*, 2019, 613; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 1° giugno 2018, n. 6149, in *Foro amm.*, 2018, 1047. In dottrina, per un approfondimento, cfr. già E. Varani, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi contenenti dati sanitari*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 929 ss.

[xvii] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 4 dicembre 2018, n. 11772, in www.giustizia-amministrativa.it.

[xviii] T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 18 gennaio 2019, n. 29, in *Foro amm.*, 2019, 145 ss.

[xix] Per una trattazione più generale v. M. Ricciardo Calderaro, *Diritto d'accesso e acquisizione probatoria processuale (nota a Adunanza Plenaria n. 19/2020)*, in *GiustiziaInsieme*, 25 novembre 2020.

[xx] Sulle cui interazioni con gli strumenti (anche di ostensione) telematici cfr., ad esempio, G. Resta, *Privacy e processo civile: il problema della litigation "anonima"*, in *Dir. informatica*, 2005, 681 ss.; A. Graziosi, *Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 481 ss.

[xxi] Per un inquadramento generale sul pct cfr. G. Ruffini (a cura di), *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 2019; ma già S. Zan (a cura di), *Tecnologia, organizzazione e giustizia: l'evoluzione del processo civile telematico*, Bologna, Il Mulino, 2004.

[xxii] V., sul punto, Cass. civ., Sez. Un., 8 febbraio 2013, n. 3033, in *Giust. civ. Mass.*; ma anche T.A.R. Molise, Sez. I, 17 aprile 2015, n. 157, in *Foro amm.*, 2015, 1231 ss.

[xxiii] V., ad esempio, Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, Sez. giurisd., decr. 8 marzo 2018, n. 32, in www.giustizia-amministrativa.it; in argomento cfr. G. Milizia, *Il terzo, estraneo alla lite, può avere accesso al fascicolo processuale?*, in *Dir. & Giust.*, 2019, fasc. 39, 6 ss.

[xxiv] Per un'ampia disamina si consenta 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.*, fasc. 1-2018, 336 ss.

[xxv] 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 pregiudizievole (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".

[xxvi] 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".

[xxvii] 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 dinnanzi 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 pregiudizievole che potrebbero scaturire per il terzo che decida di rimanere estraneo al processo".

[xxxviii] 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".

[xxxix] 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".

[xxx] Così, *ex multis*, S. Costa, *op.cit.*, 462.

[xxxxi] 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".

[xxxii] 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.

[xxxiii] 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.

[xxxiv] 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, atese 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.

[xxxv] 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.

[xxxvi] 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 espone, 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.

[xxxvii] 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 intervenire; 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.

[xxxviii] 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.

[xxxix] 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.

[xl] Così si esprimono G. Tarzia, F. Danovi, *op. cit.*, 167.

[xli] 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.

[xlii] 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.

[xliii] 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.

[xliv] 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.

[xlv] 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*.

[xlvi] 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*.

[xlvi] 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, introduca 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.

[xlviii] 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.

[xlix] 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 trono la loro disciplina in sede normativa. A tale livello l'abuso del processo assume 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. Pulverenti, *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. Paci, *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 processualcivile 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.

[l] 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".

[li] 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.

[liii] 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".

[liiii] Sul punto cfr. A. Tigano, *Intervento nel processo-II) Diritto processuale amministrativo*, in *Encicl. giur.*, Roma, 1988, vol. XIX, 3.

[liv] 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*.

[lv] 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*.

[lvi] 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.

[lvii] Così T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 2 ottobre 2012, n. 2450, in *Foro amm. TAR*, 2012, 3045.

[lviii] 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.

[lix] 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.

[lx] Cons. Stato, Sez. IV, 7 ottobre 1992, n. 855, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[lxi] Così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 7293, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[lxii] Così Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 853, in *Foro amm.*, 2016, 302.

[lxiii] T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 20 aprile 2016, n. 237, in *Foro amm.*, 2016, 1060 (s.m.).

[lxiv] 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".

[lxv] Così Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10, in *Foro amm.*, 2020, 722 ss.

[lxvi] 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.

[lxvii] In senso analogo già Cons. Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23, in *Foro amm.*, 2016, 2628.

[lxviii] *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.

[lxix] 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 ch'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 prestatato 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.

[lxx] 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.

[lxxi] 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.

[[lxxii](#)] 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 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 le riconosce, di disporre di quel bene".

[[lxxiii](#)] 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.

[[lxxiv](#)] 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, litis consortile e adesivo".

[[lxxv](#)] Così Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, Sez. giurisd., 8 giugno 2022, n. 164, in www.giustizia-amministrativa.it.

[[lxxvi](#)] V., già, C.E. Gallo, *Appello nel processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1987, Vol. I, 315 ss.

[[lxxvii](#)] *Ex multis*, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 dicembre 1983, n. 741, in *Cons. Stato*, 1983, I, 1329; non è appellabile l'ordinanza di rinvio a nuovo ruolo, Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 1983, n. 528, *ibid.*, 1185.

[[lxxviii](#)] Secondo F. Ancora, *Irricevibilità e inammissibilità nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022, "il ricorso dal Giudice dichiarato inammissibile o irricevibile presenta lo stato della nullità, sicché la inammissibilità e la irricevibilità sono solo formule di conclusione del giudizio che non hanno sotto di loro una distinta sostanza e viceversa, sono unite dall'intervenire su un atto di iniziativa processuale che presenta la più generale condizione della nullità"; in generale v. la classica voce di A. Lugo, *Inammissibilità e improcedibilità (Diritto processuale civile)*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, Utet, 1962, 483 ss.

[[lxxix](#)] Su questa norma e le previsioni del d.l. 9 giugno 2021, n. 80 cfr. G. Carlotti, *Smaltimento dell'arretrato*, in *l'Amministrativista*, 21 settembre 2022. Interessanti, al riguardo, le osservazioni di F. Volpe, *Il processo amministrativo dopo il Covid*, in *Giustizia Insieme*, 2 giugno 2022, secondo cui un dato di fatto è che il Covid ha comportato la diminuzione del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo; "quasi in ogni parte d'Italia, i nuovi ruoli si sono assottigliati e pure l'arretrato probabilmente si è ridimensionato. Forse, si dovrebbe approfittare dell'occasione per tentare una riforma generale del processo amministrativo, capace di condurre a una maggiore celerità dei giudizi e a una maggiore efficacia delle tutele, senza troppo temere l'impatto sullo svolgimento delle funzioni correnti che una tale iniziativa potrebbe arrecare".

[[lxxx](#)] La sentenza in forma semplificata rappresenta un modo particolare, ma oramai sempre più diffuso, di definizione del giudizio amministrativo: in letteratura, cfr., ad esempio, F. Risso, *La sentenza in forma semplificata*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019; R. De Nictolis, *Le sentenze del giudice amministrativo in forma semplificata. Tra mito e realtà*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017, 1 ss.; C. Crescenti, A. Storto, *La sentenza in forma semplificata*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, 1087 ss.; A. Police, *Le decisioni in forma semplificata (cosiddetto giudizio immediato)*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, Cedam, 2014, 541 ss.; C. Cacciavillani, *Completezza dell'istruttoria documentale e sentenza in forma semplificata*, in *Giur. it.*, 2012, 5, 1168 ss.; C.E. Gallo, *Art. 74 Sentenza in forma semplificata*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di) *Il processo Amministrativo, Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, Giuffrè, 2011, 586 ss.; A. Clini, *La forma semplificata della sentenza nel "giusto" processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2009; E. Sticchi Damiani, *La sentenza in forma semplificata*, in *Foro*

amm. CdS, 2008, 2857 ss.; M. Sinisi, *La disciplina della decisione in forma semplificata, la garanzia del contraddittorio e il giusto processo. Profili di dubbia legittimità*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 413 ss.; G. Barbagallo, *La decisione in forma semplificata*, in *Cons. Stato*, 2004, II, 1928 ss.; v. anche E.M. Marengi, *Processo senza modello e giustizia semplificata*, in *Dir. proc. Amm.*, 2012, 885 ss.

[xxx] Tra le più recenti pubblicazioni si v. E. Follieri, A. Barone (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2015; G. Pesce, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, Esi, 2012.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2276 – 6 aprile 2022

Interdittiva antimafia e legittimazione all'impugnazione. La necessaria partecipazione dei soggetti direttamente coinvolti (nota a Consiglio di Stato Ad. Plen. N. 3/2022)

di Renato Rolli e Martina Maggiolini*

Sommario: 1. Premessa: la vicenda contenziosa ed i quesiti posti all'Adunanza Plenaria - 2. Sulla posizione del giudice rimettente - 3. Le motivazioni dell'Adunanza Plenaria - 4. Riflessioni conclusive.

1. Premessa: la vicenda contenziosa ed i quesiti posti all'Adunanza Plenaria

La compressione dei diritti coinvolti e stravolti dall'emissione di provvedimenti interdittivi trova nuovamente spazio nella giurisprudenza che sembra sempre più rivestire una posizione di chiusura nella tutela dei destinatari *latu sensu* intesi. Qui, si vuole segnalare la recentissima Adunanza Plenaria n. 3/2022.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana con pronuncia non definitiva rimetteva all'Adunanza Plenaria l'articolata questione relativa alla impugnabilità dell'informazione antimafia interdittiva da parte di soci ed amministratori dell'impresa destinataria del provvedimento, ponendo il seguente quesito: *se in materia di impugnazione di interdittive antimafia vada, o meno, riconosciuta, in capo ad ex amministratori e soci della società attinta, autonoma legittimazione a ricorrere, avuto riguardo alla situazione giuridica dedotta in giudizio, e se gli stessi vadano ritenuti soggetti che patiscano "effetti diretti" dall'adozione di provvedimenti di siffatta natura.*

Preliminarmente occorre ricostruire la vicenda al fine di cogliere l'intensa portata della decisione. La controversia attiene la legittimazione all'impugnazione, da parte dei soci ed amministratori, della certificazione interdittiva, emessa dal Prefetto nei confronti della società per azioni.

Gli appellanti lamentavano la perdita della gestione dell'azienda, nella quale avevano investito ingenti capitali, nonché la preclusione all'esercizio delle rispettive cariche.

Per diretta conseguenza del provvedimento impugnato, veniva risolta la convenzione in essere con la società per la gestione del servizio idrico integrato e veniva nominato un Commissario Straordinario al fine di garantire la prosecuzione delle attività, estromettendo così gli odierni appellanti dalle cariche occupate e, pertanto, dalla gestione concreta della società.

La sentenza del Giudice di prime cure che riteneva il ricorso inammissibile per carenza di legittimazione attiva in capo ai ricorrenti veniva censurata poiché, secondo gli appellanti, la legittimazione ad agire deve essere riconosciuta in presenza di un interesse connotato dall'attualità e da concretezza.

Invero, seppur formalmente il destinatario del provvedimento sia la società, l'intera motivazione attiene ai presunti condizionamenti a carico delle società ed alle persone fisiche in quanto socie che ne risultano inevitabilmente pregiudicate.

L'impossibilità di gestire la propria impresa ed i propri investimenti per un lungo lasso di tempo, non può non ascriversi, secondo gli appellanti, al concetto di lesione diretta e personale della sfera giuridica dei soci, i quali agiscono al fine di conseguire una "posizione di vantaggio che attiene ad uno specifico bene della vita".

Inoltre, ad avviso degli appellanti, l'orientamento della sentenza gravata, non è percorribile, in quanto lesivo del diritto di difesa sancito dagli artt. 24 e 113 della Costituzione, nonché dell'art. 6 della CEDU, poiché gli stessi, altrimenti, non disporrebbero di alcun rimedio giurisdizionale per impugnare l'informativa prefettizia ed il conseguente provvedimento di commissariamento.

L'Amministrazione resistente, tra le altre eccezioni, rilevava l'inammissibilità dell'appello poiché incentrato genericamente sul profilo dell'interesse a ricorrere, anziché sulla legittimazione ad agire.

Eccezioni preliminarmente rigettate dal giudice rimettente posto che il ricorso è da ritenersi ammissibile se al momento della sua proposizione sussistono le condizioni dell'azione, cioè la possibilità giuridica dell'azione, l'interesse ad agire e la legittimazione attiva [1].

2. Sulla posizione del giudice rimettente

La complessa composizione della controversia non può che muovere dai principali orientamenti giurisprudenziali relativi ai soggetti legittimati ad impugnare le informative prefettizie.

Secondo un primo orientamento, il ricorso è inammissibile per carenza di legittimazione attiva se proposto da soggetti diversi dall'impresa destinataria dell'interdittiva, in quanto il provvedimento prefettizio può essere impugnato solo dal soggetto che ne subisce gli effetti diretti sulla sua posizione giuridica di interesse legittimo [2].

Più isolata giurisprudenza [3], ma condivisa dal giudice rimettente, invece, riconosce la legittimazione ad impugnare l'informativa, a tutela di un proprio interesse morale, in ragione della lesione concreta ed attuale della situazione professionale e patrimoniale dei soggetti che abbiano dovuto rinunciare all'incarico di amministratori della società, nonché sotto il profilo della potenziale lesione dell'onore e reputazione personale dei soggetti sui quali venga ipotizzato un condizionamento mafioso.

Qui è da ricercare la legittimazione attiva di diversi soggetti in base ad una pluralità di profili di interessi rappresentati: per gli ex amministratori, dal "pregiudizio professionale" e sulla "espunzione da una attività professionale"; per i soci, su diritti di natura patrimoniale, consistenti nella "impossibilità di effettuare scelte imprenditoriali e quindi compromissione degli investimenti economici profusi nell'azienda"; per gli ex amministratori e/o soci, sul diritto alla "dignità e reputazione", pregiudicati ove le proprie "vicende personali e familiari costituiscano diretto oggetto di motivazione".

Partendo dalla lettura congiunta degli artt. 84 e 91 d.lgs. n. 159/2011, si evince che l'emanazione dei provvedimenti interdittivi costituisce frutto di un procedimento amministrativo caratterizzato dalla natura preventivo-cautelare che giustifica l'allontanamento dalle rigide garanzie del contraddittorio ex l. n. 241/1990, nonostante la decisione prefettizia si fondi su accertamenti complessi esposti ad ampi margini di errore [4].

Epperò, il sacrificio delle garanzie procedurali dovrebbe almeno essere bilanciato dalla possibilità di ottenere in sede giurisdizionale la partecipazione dei soggetti che sono immediatamente e gravemente lesi dal provvedimento prefettizio, seppur non formalmente diretti destinatari dello stesso.

Una conclusione contraria "sottopone ad evidente tensione l'applicazione dell'istituto con i principi eurounitari, oltre che con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost.". Nella specie, il provvedimento di rimessione rileva come *"proprio la caratteristica della motivazione di tali provvedimenti evidenzia un irrimediabile vulnus laddove ai soggetti le cui vicende personali, anche molto risalenti e addirittura già oggetto di valutazione favorevole in occasione di precedenti provvedimenti favorevoli, vengano rivisitate in chiave opposta, non venisse consentito di interloquire, avuto riguardo alle conseguenze esiziali che poi derivano dall'interdittiva (anche) per gli stessi sul piano individuale e patrimoniale"* e dunque la partecipazione al processo avrebbe l'obiettivo di sanare la carenza di contraddittorio procedimentale [5].

Invero, seppur il provvedimento prefettizio spesso origina da atti di procedimenti penali, il suo procedimento di emissione non contempla affatto le garanzie riconosciute in sede penale ma in qualche modo, per le ragioni già indicate si tende a compensare tale *vulnus* con la partecipazione giudiziale che invece, risulta esclusa nel caso che ci occupa per difetto di legittimazione attiva [6].

3. La motivazione dell'Adunanza Plenaria

L'Adunanza Plenaria ritiene necessario, ai fini della soluzione del quesito, l'individuazione della possibile sussistenza di una situazione soggettiva in capo agli amministratori ed ai soci della persona giuridica, con la precisa conseguenza che, ove tale situazione venga individuata ed abbia la consistenza di interesse legittimo, su di essa potrà fondarsi la legittimazione ad agire in giudizio e *medio tempore* la legittimazione all'audizione procedimentale non sussistendo, in caso contrario, né la legittimazione ad agire in giudizio né quella a partecipare al procedimento.

Va rammentato che è la stessa legge n. 241 del 1990 a distinguere il concetto di "pregiudizio" a seconda delle diverse tipologie di "interesse" cui conseguono differenti forme di partecipazione procedimentale e posizioni processuali, quali quella della legittimazione ad agire o a resistere ovvero dell'intervento ad *adiuvandum* o *ad opponendum* [7].

Anche la recentissima riforma recata dal d.l. 6 novembre 2021 n. 152 [8], amplia le forme di partecipazione del destinatario dell'interdittiva, prevedendo che allo stesso venga data tempestiva comunicazione, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa ed assegnandogli un termine per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione, esprimendo una apertura, tardiva ed ancora non pienamente soddisfattiva, alla necessaria partecipazione procedimentale dei soggetti coinvolti dal provvedimento prefettizio che subiranno inevitabilmente uno stravolgimento della propria posizione ed al contempo limitando espressamente tale diritto solo al possibile soggetto destinatario della misura interdittiva (la persona giuridica) e non altri soggetti [9].

La ratio giustificatrice della legittimazione e dell'interesse al ricorso risiede nella natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, che tende a tutelare la situazione soggettiva del ricorrente, correlata ad un bene della vita coinvolto nell'esercizio dell'azione autoritativa oggetto di censura [10]. Da tanto, a parere di chi scrive, dovrebbe discendere una più ampia partecipazione proprio a tutela del bene della vita coinvolto.

Dunque, esiste un rapporto diretto ed immediato tra l'esercizio del potere amministrativo e l'interessato all'esercizio del potere medesimo che non si coglie sul piano statico bensì su quello dinamico. Tale relazione diretta si concretizza nel fatto che il provvedimento amministrativo e suoi effetti interessano direttamente il patrimonio giuridico di un determinato soggetto, in senso compressivo o ampliativo.

Il giudice è tenuto a verificare l'esistenza in capo alla parte ricorrente di una posizione qualificata e differenziata, correlata al bene della vita oggetto di esercizio del pubblico potere, idonea a distinguere il ricorrente da ogni altro consociato e della lesione concreta ed attuale subita dal ricorrente [11].

Invero, riflesso della relazione diretta ed immediata tra soggetto titolare di interesse legittimo e pubblica amministrazione è il potere di agire in giudizio per la tutela del proprio interesse legittimo compresso dall'esercizio o dal mancato esercizio del potere amministrativo.

In sede di impugnazione si tende ad assicurare un vantaggio al soggetto che si ritiene leso mediante l'annullamento del provvedimento, ottenendo la pienezza del proprio patrimonio

giuridico ovvero conseguendo un ampliamento del proprio patrimonio giuridico. In tal senso, vengono in soccorso le caratteristiche di personale e diretto dell'interesse legittimo al fine di definire l'ambito della titolarità e della conseguente tutela in sede procedimentale e giudiziale, ai quali si aggiunge il requisito dell'attualità, che rileva in relazione alla proiezione processuale della posizione sostanziale ed alla *emersione della esigenza di tutela per effetto di un atto concreto e sincronicamente apprezzabile di esercizio di potere*, che rende necessaria l'azione in giudizio.

Il ricorso, secondo l'Adunanza Plenaria, è legittimato allorché dall'annullamento del provvedimento, il ricorrente può conseguire quella utilità di cui è, o ritiene di dover diventare, o intende diventare, "titolare". Al contrario, ove non è individuabile tale posizione, ma sono individuabili generiche posizioni di interesse, queste ultime – che possono subire indirettamente e/o di riflesso, un pregiudizio- *legittimano i loro titolari a spiegare intervento in giudizio, ma non già ad impugnare autonomamente il provvedimento lesivo della sfera giuridica del soggetto con il quale intrattengono a diverso titolo rapporti giuridici*.

Alla luce delle motivazioni sinora addotte, l'Adunanza Plenaria, rinviene carenza di legittimazione attiva in capo agli amministratori ed ai soci della società destinataria del provvedimento interdittivo poiché *"il decreto prefettizio può essere impugnato dal soggetto che ne patisce gli effetti diretti, e quindi, dal destinatario dell'atto, e cioè dalla società, in quanto solo il destinatario subisce la lesione immediata e diretta alla sua posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo che consente il ricorso dinanzi al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 7, comma 1, c.p.a."* [12].

4. Riflessioni conclusive

L'Adunanza Plenaria ha omesso, nell'individuazione dei soggetti che subiscono gli effetti diretti del provvedimento, di valutare la pluralità di profili di interesse coinvolti e più precisamente rappresentati per gli ex amministratori, dal "pregiudizio professionale" derivante dalla sostituzione degli organi di gestione e dall'esclusione da una attività professionale che spesso costituisce l'unica fonte di reddito; per i soci, su diritti di natura patrimoniale, consistenti nella impossibilità di effettuare scelte imprenditoriali e quindi compromissione degli investimenti economici profusi nell'azienda.

Invero, il ricorso deve ritenersi ammissibile se nel momento in cui viene proposto sussistono le condizioni dell'azione, ovvero la possibilità giuridica dell'azione, l'interesse ad agire e la legittimazione attiva. L'interesse a ricorrere, in particolare, si concretizza nella possibilità per il ricorrente di ottenere un risultato favorevole, e sussiste se ed in quanto la lesione della posizione giuridica sia concreta e attuale, poiché solamente in questa ipotesi all'eventuale pronuncia giudiziale favorevole seguirà un'utilità personale, concreta ed attuale. Pertanto, la lesione derivante dal provvedimento deve essere diretta, cioè deve incidere in maniera immediata sull'interesse legittimo proprio della parte ricorrente.

Elementi che appaiono presenti nel caso che ci occupa e che evidenziano una chiusura dell'Adunanza Plenaria che fonda la propria decisione sull'assioma che la società è l'unico soggetto destinatario dell'atto prefettizio e pertanto, unico soggetto che si trova in rapporto di immediata inerenza con l'esercizio del potere interdittivo.

Non è chiaro il motivo per cui non possa riconoscersi in capo a soci ed amministratori la lesione diretta dei propri interessi per come sopra indicati che appaiono fortemente compromessi dall'emissione del provvedimento interdittivo.

Le *deminutio* subite dai soggetti ricorrenti trovano origine immediata nel provvedimento interdittivo e solo il suo annullamento può ripristinare la situazione preesistente relativa a tali soggetti.

A valle di quanto sinora esposto si esprime una riflessione aperta sulla questione, che non appare definita ma bisognosa di nuovi interventi, come del resto, l'intero apparato relativo ai provvedimenti interdittivi.

È veramente possibile trovare un effettivo equilibrio tra tutela di interessi pubblici e limitazione dei privati?

*Seppur frutto di un lavoro unitario è possibile attribuire il primo paragrafo a Renato Rolli e i restanti a Martina Maggiolini.

[1] Giova al riguardo richiamare il generale principio di cui all'art. 81 c.p.c. per il quale: "Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui", applicabile anche nel processo amministrativo in forza del richiamo di cui all'art. 39 c.p.a.". La giurisprudenza ha più volte chiarito che un soggetto giuridico, pur dotato di interesse di fatto può essere privo di giuridica legittimazione a proporre un'azione giudiziaria, qualora la stessa, sia volta a provocare effetti giuridici (ancorché indiretti e mediati) nella sfera di un altro soggetto, in quanto l'esercizio nell'ambito del giudizio amministrativo dell'azione non può essere delegato fuori da una espressa previsione di legge, né surrogato dall'azione sostitutiva di un altro soggetto.

[2] Ex multis Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2020 n. 02/02/22, 6205, 22 gennaio 2019 n. 539, 16 maggio 2018 n. 2895, 11 maggio 2018 nn. 2824 e 2829

[3] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 aprile 2017 n. 1559

[4] Si consenta il rinvio a R. Rolli, M. Maggiolini, 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) Giustizia insieme, 2021

[5] Sia consentito il rinvio a R. Rolli, M. Maggiolini, Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale (nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979), Giustizia insieme, 2020

[6] Sia consentito il rinvio a R. Rolli, M. Maggiolini, Accertamento penale e valutazione amministrativa: pluriformi verità (nota Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, decreto presidenziale n. 544 del 3 agosto 2021), giustizia insieme, 2022

[7] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021 n. 2836; sez. IV, 16 febbraio 2010 n. 887

[8] Si veda R. Rolli, M. Maggiolini, Interdittiva antimafia tra norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie (Nota a Consiglio di Stato, sez. III del 25 ottobre 2021, n. 7165), in Giustizia insieme, 2022

[9] La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte affermato che, nell'ambito del processo amministrativo impugnatorio, la legittimazione e l'interesse al ricorso integrano condizioni dell'azione necessarie per consentire al giudice adito di pronunciare sul merito della controversia, condizioni che devono esistere al momento della proposizione della domanda processuale e persistere fino alla decisione della vertenza ex multis Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9

[10] Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4.

[11] V. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4; sez. VI, 14 giugno 2021 n. 4598

[12] Si veda Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2019 n. 539

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2205 – 24 febbraio 2022

Accertamento penale e valutazione amministrativa: pluriformi verità (nota Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, decreto presidenziale n. 544 del 3 agosto 2021)

di Renato Rolli e Martina Maggiolini*

Sommario: 1. Cenni alla vicenda contenziosa - 2. Sul rapporto tra accertamento penale e valutazione amministrativa - 3. Osservazioni conclusive: la certezza del diritto e le cangianti verità.

1. Cenni alla vicenda contenziosa

Il decreto n. 544 del 3 agosto 2021 reso dal Presidente del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, successivamente confermato in sede collegiale, offre un'occasione per riflettere sul rapporto intrinseco tra accertamento penale e valutazione amministrativa *lato sensu* ed in particolare nei provvedimenti interdittivi [1].

Il giudice adito nella vicenda in commento rileva, nei limiti della sua sommaria cognizione, la contraddittorietà e l'inattualità di alcuni elementi fondanti il provvedimento impugnato. Si discorre, infatti, di denunce penali cui non ha mai fatto seguito una condanna del ricorrente, del rapporto parentale (fratelli) che lo lega a due collaboratori di giustizia, senza dimostrare che detti soggetti conservino la qualità di soggetto mafioso in grado di permeare l'attività imprenditoriale del congiunto.

L'unico elemento cui il giudice riconosce particolare rilevanza è la frequentazione con un soggetto pericoloso ponendo, però, oltre ai dubbi sulla sua attualità, dubbi anche circa la sua

efficacia causale autonoma nel giudizio di prognosi di permeabilità mafiosa, poiché gli altri elementi concausali vengono ritenuti non pertinenti e risalenti nel tempo[2].

Significativa per il tema che ci occupa è l'autonoma valutazione svolta dal Prefetto sulle risultanze investigative penali e la motivazione dei relativi provvedimenti giurisdizionali. La necessità di coerenza dell'ordinamento giuridico impone un attento vaglio e forti motivazioni da parte dell'autorità amministrativa che decide di discostarsi da quanto già accertato in sede giudiziaria [3].

Per le motivazioni che precedono, con il decreto presidenziale in commento, veniva accolto parzialmente il ricorso consentendo le attività imprenditoriali connesse alla concessione balneare ed inibendo la eventuale erogazione di finanziamenti pubblici. Successivamente, come già detto, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede collegiale confermava ed accoglieva la domanda cautelare al limitato effetto di consentire ai ricorrenti la prosecuzione delle attività imprenditoriali connesse alla concessione demaniale già rilasciata.

2. Sul rapporto tra accertamento penale e valutazione amministrativa

È inerziale significare che il principio generale posto a garanzia della non contraddittorietà degli accertamenti giurisdizionali non può ammettere una ricostruzione di verità diverse solo perché accertate in sedi diverse [4].

Da tanto discende che il potere amministrativo è chiamato a determinarsi in base ai propri criteri di valutazione, caratterizzati da un minore grado di permeabilità rispetto al vaglio penale. Accade che un determinato fatto non rilevante in sede penale sia sufficiente in sede amministrativa a confermare la legittimità di un provvedimento interdittivo [5]. L'interdittiva dovrebbe trovare giustificazione in una serie di fatti gravi, precisi e concordanti mentre nel caso che ci occupa è solo un evento a determinare l'emissione del provvedimento prefettizio. Sul punto il Consiglio di Stato ha chiarito a più riprese che *“Ai fini dell'adozione del provvedimento interdittivo antimafia, da un lato, occorre non già provare l'intervenuta infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatico-presuntivi dai quali – secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale – sia deducibile il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata; d'altro lato, detti elementi vanno considerati in modo unitario, e non atomistico, cosicché ciascuno di essi acquisti valenza nella sua connessione con gli altri”* [6].

Nel giudizio amministrativo, infatti, non si ricorre ad un integrale accertamento dei fatti, ma si è limitati alla verifica circa la logicità della ricostruzione operata dall'autorità in sede amministrativa per cui *“il giudice amministrativo è, a sua volta, chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame”* [7].

Dalle caratteristiche intrinseche dei giudizi penale e amministrativo discende e si palesa una differente rilevanza dei fatti: in uno potrà determinare la legittimità del provvedimento interdittivo, nell'altro, invece, lo stesso fatto non determinerà nessuna condanna penale.

Si pensi alla valutazione del giudice sull'assenza di elementi che possano dimostrare un contatto attuale dell'impresa con la criminalità organizzata: il giudice penale, dovrà valutare un profilo diverso ed ulteriore rispetto alla ricognizione fondata sul principio del "più probabile che non" su cui invece trova principio il provvedimento prefettizio.

Il giudice della prevenzione penale fonda la propria decisione su parametri non sovrapponibili alla ricognizione probabilistica del rischio di infiltrazione, che costituisce, invece, l'essenza del provvedimento prefettizio. Le relative valutazioni sulle stesse circostanze di fatto portano, sovente, a conclusioni discordanti sul pericolo di infiltrazione, che, conseguono inevitabilmente alla differente impostazione dei due sistemi preventivi [8].

Le decisioni assunte percorrono processi argomentativi differenti portando a conclusioni talvolta opposte. È il caso del controllo giudiziario per il quale spesso accade che il giudice penale non ritenga gli elementi tali da poter ammettere la società al controllo preventivo e, *medio tempore*, gli stessi fatti risultano sufficienti per l'emissione del provvedimento interdittivo in base al criterio del "più probabile che non".

Il rapporto tra la valutazione del rischio d'infiltrazione e l'accertamento della responsabilità penale si coglie nella diversa forza dimostrativa dell'inferenza logica di uno stesso elemento. È evidente che gli elementi vengono osservati con lenti di ingrandimento diverse ed i fatti vengono setacciati con reti diverse. Ciò che rileva ed è sufficiente in una sede non lo sarà necessariamente anche dinnanzi ad altro giudice [9].

Vero è che ogni risultanza penale dovrà essere valutata dall'amministrazione e sulla scorta di ciò unitamente ad altri elementi potrà, se lo ritiene, emettere un provvedimento interdittivo. Gli elementi fattuali che rilevano dinnanzi al Prefetto sono sfocati poiché solo sintomatici e indiziari e non ancora delineati come richiesti in sede giudiziaria.

Posto ciò, è ovvio che il Prefetto allorquando decida di discostarsi dalle risultanze investigative penali e dalla motivazione dei relativi provvedimenti giurisdizionali, deve compiere le proprie determinazioni con cautela anche alla luce del *ne bis in idem* per come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo e dell'esigenza di coerenza interna dell'ordinamento giuridico, per cui non potrà considerare determinate condotte penalmente irrilevanti e al contempo rilevanti in un procedimento amministrativo che sfocia in un provvedimento para-penale. Pertanto una eventuale valutazione difforme di stralci di risultanze investigative penali richiede l'attento vaglio successivo del giudice amministrativo.

La valutazione svolta dalle diverse autorità avviene attraverso un'attribuzione di valore interferenziale differente e ciò si palesa a monte, nell'analisi strutturale e funzionale delle diverse valutazioni da svolgere.

3. Osservazioni conclusive: la certezza del diritto e le cangianti verità

In conclusione, il rapporto tra accertamento penale e valutazione amministrativa si rivela come un sistema di ‘vasi comunicanti’. L’accertamento penale condiziona inevitabilmente la valutazione amministrativa, trattandosi di un giudizio “oltre ogni ragionevole dubbio” degli elementi fattuali [10]. D’altro canto, invece, le valutazioni amministrative trattandosi di meri elementi indiziari, non trovano rilievo in sede penale essendo accertati secondo il principio del “più probabile che non” [11].

Nel caso che ci occupa, il quadro tracciato dall’ autorità amministrativa, tendenzialmente non sorregge neppure la soglia posta dal criterio del “più probabile che non” fondandosi su denunce mai sfociate in condanne penali, sul rapporto parentale con due collaboratori di giustizia ed infine sulla frequentazione con un soggetto “pericoloso”. Volendo ritenere solo quest’ultimo elemento rilevante, il giudice non può che accogliere il ricorso, essendo necessari per sorreggere un provvedimento amministrativo diversi elementi sintomatici della permeabilità mafiosa dell’impresa [12].

Pertanto, la mancata condanna in sede penale, ha influenzato inevitabilmente la decisione del giudice amministrativo. L’ autorità amministrativa è chiamata a determinarsi tenendo conto degli elementi fattuali del caso di specie e se nella sua valutazione ampiamente discrezionale tali elementi superano la soglia del “*più probabile che non*” emetterà provvedimento interdittivo, seppur, *medio tempore*, sul piano penale gli stessi fatti non trovano rilievo [13]. Nella cognizione piena, il giudice penale può non ritenere gli elementi di prova raccolti, “elementi certi” per affermare la responsabilità, tuttavia, ciò non comporta *sic et simpliciter*, la conseguente non rilevanza di tali elementi ai fini dell’emissione del provvedimento prefettizio che principia non da piena dimostrazione bensì dal più ampio e sfocato principio probabilistico.

Può accadere dunque che condotte penalmente irrilevanti siano al contempo rilevanti in un procedimento amministrativo che sfocia in un provvedimento che per i suoi dirimenti effetti ben può definirsi para-penale [14]. Tale ipotesi è frequente nella giustizia amministrativa che sovente prende in considerazione elementi irrilevanti in sede penale ma che unitamente ad altri elementi del quadro indiziario sorreggono il provvedimento amministrativo. Il Decreto presidenziale che qui si annota apre una finestra su una possibile inversione di rotta e ancoraggio del provvedimento interdittivo a elementi che possano effettivamente essere ritenuti rilevanti.

A valle delle considerazioni svolte è evidente come, seppur, abituati a pensare alla verità come un’unica entità, nella materia che ci occupa, essa è inevitabilmente pluriforme. “La verità” si palesa come una pietra sfaccettata con forme diverse a seconda dell’angolo di osservazione. Non si tratta di verità inconciliabili o contraddittorie, ma di stesse verità che risultano attraverso un diverso vaglio dell’inferenza logica di uno stesso elemento.

*Seppur frutto di un lavoro unitario è possibile attribuire il primo paragrafo a Renato Rolli e i restanti a Martina Maggiolini.

[1] si consenta il rinvio a R. Rolli- M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e giudicato penale* (nota a Consiglio di Stato sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049), *Giustizia Insieme*, 2021

[2] Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, decreto presidenziale n. 544 del 3 agosto 2021

[3] *Cfr.* 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

[4] si consenta il rinvio a R. Rolli- M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e controllo giudiziario* (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 11 gennaio 2021, n. 319), *Giustizia Insieme*, 2021

[5] Si suggerisce 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

[6] Da ultimo v. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 9 settembre 2020, n. 5416

[7] v. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 9 settembre 2020, n. 5416

[8] v. M. Speciale, *Interdittive antimafia tra vecchi confini e nuovi scenari, in giustizia-amministrativa*, 2020

[9] *Cfr.* M. Mazzamuto, *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020

[10] si consenta R. Rolli, *L'informativa antimafia come "frontiera avanzata"* (Nota a sentenza Cons. Stato, Sez. III, n. 3641 dell'8 giugno 2020), *giustizi insieme*, 3 luglio 2020

[11] *Cfr.* 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] A. LONGO, *La 'massima anticipazione di tutela'. Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, *Federalismi*, n. 19/2019

[13] *Cfr.* M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *giustamm*, 2017

[14] v. V. SALAMONE, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2337 – 19 maggio 2022

Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittiva antimafia (nota a Ordinanza TAR Lecce, sez. III, n. 116/2022)

di Renato Rolli e Martina Maggiolini

Sommario: 1. Premessa - 2. Sulla recentissima riforma sul contraddittorio procedimentale - 3. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Il provvedimento che si annota rappresenta una delle prime applicazioni giurisprudenziali delle disposizioni emanate con il *D.L.* 6 novembre 2021 n. 152.

Il Giudice investito della causa, infatti, ritiene meritevole di accoglimento il motivo relativo alla violazione del nuovo comma 2 bis dell'art. 92 del D. Lgs. n. 159 del 2011, avendo mancato la Prefettura di dare “tempestiva comunicazione al soggetto interessato” della ritenuta sussistenza a suo carico dei presupposti per l'adozione dell'atto di conferma dell'informativa interdittiva antimafia.

Alla luce della novellata normativa, l'Ufficio Territoriale del Governo deve riavviare il procedimento al fine di operare, nel contraddittorio con la parte ricorrente ed entro il termine di venti giorni dalla comunicazione dell'ordinanza cautelare in commento, una complessiva ed organica rivalutazione del quadro giuridico e fattuale (anche) a fondamento dell'emissione di una nuova informazione interdittiva antimafia.

2. Sulla recentissima riforma sul contraddittorio procedimentale

Orbene, il decreto-legge n. 152/2021, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose [1] apporta talune disposizioni dedicate a «investimenti e rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia».

In questo contesto, la novità che qui ci occupa è la nuova declinazione del contraddittorio nel procedimento di rilascio delle misure interdittive [2].

Andando a ritroso, la disciplina previgente prevedeva la possibilità di adottare un'informazione interdittiva antimafia senza la previa instaurazione del contraddittorio procedimentale con il destinatario del provvedimento [3] poiché *in subiecta* materia non trovava spazio né la comunicazione di avvio ex art. 7 l. n. 241/90, né le altre garanzie partecipative, attese le intrinseche ragioni di urgenza presupposte all'adozione della misura preventiva.

Come già evidenziato in altre occasioni, il siffatto sistema destava dubbi interpretativi ed applicativi, sia in dottrina che in giurisprudenza, sicché veniva rinviata la questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea al fine di ottenere una pronuncia in via pregiudiziale sulla compatibilità tra gli artt. 91, 92 e 93 cod. ant. ed il principio europeo del contraddittorio; la CGUE dichiarava l'irricevibilità della domanda ritenendo che la normativa censurata fosse posta al di là dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea [4].

Del resto, autorevole Dottrina ricorda infatti come: «la tematica ha, come noto, coinvolto anche la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale, portandola a coniare la discutibile e discussa categoria della tassatività giurisprudenziale o giurisprudenza tipizzante, reputata [eccezionalmente] idonea a integrare i fisiologici limiti evolutivi del sistema normativo in una lotta contro un'organizzazione particolarmente forte, agguerrita e pericolosa, capace di elaborare sistemi sempre nuovi per sottrarsi alle regole scritte. La garanzia data dal decalogo giurisprudenziale tassativizzante consentirebbe quindi in questo particolare contesto di non ravvisare una lesione del principio di legalità dell'azione amministrativa, mentre i limiti del contraddittorio procedimentale (sui quali tornerò tra un attimo), sarebbero compensati dall'effettività della tutela giurisdizionale» [5].

Sul versante giurisprudenziale il Consiglio di Stato, ritornando sulla questione, pur avendo affermato che «l'informazione antimafia non richiede la necessaria osservanza del contraddittorio procedimentale» [6] evidenziava come il contraddittorio non fosse del tutto assente bensì meramente eventuale e da attivare a discrezionalità del Prefetto....

Dunque, l'art. 93, co. 7 cod. ant. riconosceva al Prefetto, ove ritenuto opportuno [7], la facoltà di invitare «i soggetti interessati a produrre [...] ogni informazione ritenuta utile». La *ratio* sottesa alla compressione delle garanzie procedurali veniva identificata nella necessità di contrastare il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa che può essere inficiato dalla c.d. *discovery* ovvero dalla «conoscenza dell'imminente o probabile adozione di un provvedimento antimafia [...], in quanto le associazioni mafiose sono ben capaci di ricorrere a tecniche elusive delle norme in materia» [8].

Altra giurisprudenza, unitamente alla dottrina maggioritaria, auspicava «un quantomeno parziale recupero delle garanzie procedurali [...] in tutte quelle ipotesi in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire utili elementi a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale» [9].

Sul punto, chi scrive da tempo riflette sulla necessità di effettuare un bilanciamento tra i valori in gioco al fine di evitare uno sproporzionato sacrificio del diritto di difesa che si riverserebbe su una grave limitazione di diritti costituzionalmente garantiti poiché si rammenta che la proporzionalità è 'condizione di civiltà' dell'azione amministrativa.

Inoltre è bene evidenziare altro aspetto della questione poiché la partecipazione procedimentale, ancor prima che doverosa alla luce del principio del giusto procedimento, sarebbe utile al Prefetto, nei termini di una più efficiente azione amministrativa rispondente al principio costituzionale del buon andamento della p.a.: consentirebbe di acquisir, un quadro istruttorio più completo ed idoneo ad evitare l'emissione di un provvedimento tanto incisivo sulla libertà di impresa da comportare, sovente, la 'morte' della stessa.

E, oggi, l'auspicata riforma [10], seppur in termini incerti e forse ancora inadeguati, è stata realizzata dal legislatore con il D.L. 6 novembre 2021 n. 152 che ha modificato l'art. 92 del Cod. ant. prevedendo che *il prefetto, nel caso in cui, sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2, ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva [...], ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa.*

Epperò, nei termini suddetti, seppur rivisitati rispetto al passato, il contraddittorio riscontra comunque ampie limitazioni poiché al destinatario non spetta alcuna comunicazione *ove ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento* specularmente a quanto avviene in tema di comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 L 241/90 [11].

Ed in più la normativa in commento prevede la preclusione della comunicazione di *elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose.*

Dunque, dalla detta comunicazione decorre un termine, non superiore a venti giorni, entro cui il futuro destinatario può *presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti*, e richiedere l'audizione personale. Il nuovo art. 92, co. 2-bis, cod. ant. prevede poi che la comunicazione *sospende, con decorrenza dalla relativa data di invio*, il termine entro il quale il prefetto deve rilasciare l'informazione antimafia e che comunque il contraddittorio debba concludersi entro sessanta giorni dalla data di ricezione della comunicazione.

Inoltre, con l'intervento legislativo in commento, sono stati inseriti due ulteriori commi all'art. 92 cod. ant. In particolare, il nuovo comma 2-ter dell'art. 92 cod. ant. prevede che il prefetto: *a) dispone l'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis, dandone comunicazione, entro cinque giorni, all'interessato secondo le modalità stabilite dall'articolo 76, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, qualora gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale; b) adotta l'informazione antimafia interdittiva, procedendo alla comunicazione all'interessato entro il termine e con le modalità di cui alla lettera a), nel caso di sussistenza*

di tentativi di infiltrazione mafiosa. Il prefetto, adottata l'informazione antimafia interdittiva ai sensi della presente lettera, verifica altresì la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 e, in caso positivo, ne informa tempestivamente il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione [12].

Il successivo comma 2-quater prevede che, ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia, possano essere valutate talune sopravvenienze verificatesi nel periodo tra la ricezione della comunicazione e la conclusione della procedura in contraddittorio, quali *il cambiamento di sede, di denominazione, della ragione o dell'oggetto sociale, della composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la sostituzione degli organi sociali, della rappresentanza legale della società nonché della titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, il compimento di fusioni o altre trasformazioni o comunque qualsiasi variazione dell'assetto sociale, organizzativo, gestionale e patrimoniale delle società e imprese interessate dai tentativi di infiltrazione mafiosa*[13].

3. Riflessioni conclusive

Nei suddetti termini la riforma in commento non soddisfa le esigenze già avanzate da giurisprudenza e dottrina. In parte la dottrina si è già espressa sul punto ritenendo che l'«esigenza di difesa» sarebbe stata «pericolosamente posizionata in avanti, ossia nella fase in cui l'autorità abbia già raggiunto il convincimento della sussistenza dei presupposti per la applicazione delle misure, con ovvia difficoltà per il proposto di addurre nel ristretto termine di venti giorni elementi a propria difesa quando gli elementi 'a carico' siano già condensati in un giudizio prognostico a lui totalmente sfavorevole» [14].

Invero, nei lavori preparatori della riforma si fa riferimento non alla comunicazione di avvio ex L. 241/90 bensì al preavviso di rigetto di cui all'articolo 10-bis L n. 241/1990 [15].

Neppure questo istituto risulta essere idoneo a coprire il perimetro e la funzione del contraddittorio procedimentale giacché la 'comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza' trova applicazione nei procedimenti ad istanza di parte, nei quali il contraddittorio tra interessato e PA si è già verificato; circostanza assente nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia.

Dunque, seppur sembra fortemente ampliato il campo di applicazione dell'istituto del contraddittorio procedimentale rispetto alla normativa previgente, risulta ancora estremamente ampia la discrezionalità prefettizia, non solo nei presupposti di emissione ma anche nella scelta di attivare o meno il contraddittorio procedimentale.

Trattasi di una forma di contraddittorio dimezzata ed eventuale la cui valutazione di utilità è demandata, ancora una volta, alla discrezionalità del prefetto.

È necessario considerare non solo le ferme posizioni della dottrina, ma anche le ormai cospicue pronunce sia della Corte di Giustizia che del Consiglio di Stato orientate verso l'interpretazione più garantista di questo istituto al fine di ripensare la disciplina in commento.

Non si può che auspicare un nuovo intervento normativo, decisivo e finale; un intervento che possa incidere fattivamente e non esclusivamente attraverso generiche ed asettiche previsioni sull'istituto i cui effetti determinano ed invadono la sfera del privato, talvolta, eludendo importanti garanzie costituzionali.

[1] Cfr. l. 29 dicembre 2021, n. 233, in G.U. n. 310 del 31 dicembre 2021, suppl. ordinario n. 48.

[2] La vecchia rubrica, «Termini per il rilascio delle informazioni», è stata così sostituita dall'art. 48, co. 1, lett. a), n. 1, d.lgs. n. 152/2021.

[3] Si consenta R. Rolli, M. Maggiolini, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale* (nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979), *Giustiziainsieme*, 2020

[4] V. Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. IX, 28 maggio 2020, n. 17

[5] Così M. A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, relazione tenuta al convegno "Il nuovo volto delle interdittive antimafia alla luce del piano nazionale di ripresa e resilienza", Reggio Calabria, 8 Aprile 2022 ora in questa Rivista, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, 12 maggio 2022.

[6] V. Cons. Stato, Sez. III, 23 gennaio 2020 (dep. 31 gennaio 2020), n. 820

[7] Sul punto si veda Le modifiche del d.l. 152/2021 al 'codice antimafia': maggiori garanzie nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e nuove misure di 'prevenzione collaborativa', in *Sistema Penale.it*

[8] V. Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2020 (dep. 6 maggio 2020), n. 2854

[9] V. Cons. Stato, Sez. III, 30 luglio 2020 (dep. 10 agosto 2020), n. 4979

[10] Sia consentito il rinvio a R. Rolli, M. Maggiolini, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale* (nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979), *Giustiziainsieme*, 2020

[11] Sul punto si vedano le osservazioni di M. A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, cit. : "Se è però certamente vero che le esigenze di immediata efficacia e di "effetto sorpresa" delle misure di prevenzione antimafia, possono giustificare delle deroghe anche sul piano del contraddittorio procedimentale, imposto -anche a livello generale- "ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento", è altrettanto evidente che la effettiva necessità e giustificabilità di tali deroghe deve essere valutata caso per caso, attraverso un necessario vaglio di proporzionalità, che tenga conto della grave incidenza che le misure interdittive antimafia esplicano su diritti fondamentali dei loro destinatari".

[12] Art 92 comma 2-ter.

[13] Art 92 comma 2-quater.

[14] Osservatorio misure patrimoniali e di prevenzione dell'Unione delle camere penali italiane, *Le modifiche legislative presentate dal Governo in materia di interdittive antimafia e controllo giudiziario*

[15] Dossier 16 dicembre 2021, *Disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*, d.l. 152/2021 – A. C. 3354-A, p. 462.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2231 – 11 marzo 2022

**Interdittiva antimafia tra norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie
(Nota a Consiglio di Stato, sez. III del 25 ottobre 2021, n. 7165)**

di Renato Rolli e Martina Maggiolini*

Sommario: 1. Premessa: la vicenda contenziosa - 2. Sulla legittimità costituzionale, euro unitaria ed internazionale delle norme in materia di interdittiva antimafia - 3. La necessità di riforma: uno sguardo al D.L. 6 novembre 2021, n. 152.

1. Premessa: la vicenda contenziosa

L'interdittiva antimafia è manifestazione tangibile della volontà di recidere il rapporto tra organizzazioni criminali e cosa pubblica [1]. In tale complesso sistema va segnalata la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III del 25 ottobre 2021, n. 7165.

I Giudici di Palazzo Spada hanno reso la sentenza in commento sulla riforma della pronuncia del Tar Latina, sez. I, n. 303/2020 che aveva rigettato il ricorso proposto dalla società ora appellante.

Quest'ultima aveva presentato domanda per il rilascio dell'autorizzazione a svolgere l'attività di facchinaggio all'interno del MOF (Mercato Ortofrutticolo di Fondi) nonché della possibilità di accedere al Mercato per i propri soci e dipendenti, depositando la documentazione richiesta e fornendo i dati necessari.

La MOF, al fine di tutelare la libertà delle attività commerciali all'interno del Mercato (oggetto di vari episodi di infiltrazione criminale), sottoscriveva protocollo di legalità con la Prefettura

di Latina e, dunque, faceva richiesta di informazione antimafia alla Banca Dati Nazionale Antimafia; nelle more dell'esito, rilasciava in favore della società appellante l'autorizzazione richiesta per l'anno in corso.

La Prefettura, alla luce del protocollo di legalità, comunicava alla MOF di aver emesso provvedimento interdittivo antimafia nei confronti della detta società; tuttavia a tale informazione non seguiva alcun provvedimento da parte della MOF in quanto la società appellante non aveva presentato domanda di autorizzazione nei termini prescritti per l'anno d'interesse e, pertanto, non avrebbe comunque potuto operare all'interno del Centro Agroalimentare, in quanto non autorizzata.

La società presentava ricorso innanzi al TAR per il Lazio, sede di Latina, chiedendo l'annullamento, previa tutela cautelare, dell'informativa antimafia interdittiva, del protocollo di legalità per il Mercato Ortofrutticolo di Fondi, della segnalazione all'Autorità Anticorruzione e della stessa annotazione nel Casellario Informativo dei contratti pubblici.

Il TAR accoglieva la domanda di tutela cautelare, con ordinanza che, appellata dal Ministero dell'interno, veniva poi annullata dal Consiglio di Stato. Successivamente, la società presentava ricorso per motivi aggiunti, eccependo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario. Ricorso principale e motivi aggiunti venivano poi entrambi rigettati.

La sentenza di merito veniva appellata sollevando anche alcune questioni di legittimità costituzionale nei confronti degli artt. 84, 85, 89 bis, 91 co.6 e 94 del D.Lgs. 159/2011 per violazione dei principi di uguaglianza, di solidarietà e di sussidiarietà, ex articoli 2, 3, 4, 22 e 118, ult. co. della Costituzione, e lamentando *inter alia* la violazione degli artt. 1 e 2 c.c., dell'art.47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, degli artt. 6 e 13 della CEDU.

Nel merito, chiedeva al Consiglio di Stato, accertata e dichiarata l'illegittimità della sentenza del TAR Lazio, nonché degli atti impugnati, di accogliere l'appello e, per l'effetto, i ricorsi introduttivo e per motivi aggiunti di primo grado ed annullare i provvedimenti con questi impugnati.

Il Consiglio di Stato, nel vagliare i motivi adottati dalla società appellante ed alla luce delle ampie deduzioni dell'appellato Ministero dell'interno circa le infiltrazioni mafiose in atto, riteneva l'appello non fondato al pari delle questioni di legittimità costituzionale e di legittimità sotto il profilo euro unitario ed internazionale pattizio e pertanto, definitivamente pronunciandosi, respingeva l'appello.

2. Sulla legittimità costituzionale, euro unitaria ed internazionale delle norme in materia di interdittiva antimafia

Preliminarmente la pronuncia in commento, richiamando consolidata giurisprudenza, rappresenta come l'interdittiva antimafia costituisca "una misura volta alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione" [2]. Il provvedimento prefettizio ha, dunque, il precipuo fine di prevenire possibili infiltrazioni mafiose nell'economia che inevitabilmente

andrebbero a condizionare le scelte e gli indirizzi della Pubblica Amministrazione costituendo al contempo un presidio dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, previsti dall'art. 97 Cost. [3]. Dunque, le misure interdittive antimafia sono inserite a sistema per la tutela sia dello svolgimento di una effettiva concorrenza tra le imprese sia di un apprezzabile utilizzo delle risorse pubbliche [4].

Chiarita la condivisibile *ratio* ispiratrice dei provvedimenti interdittivi prefettizi, la complessa sentenza in commento si palesa di grande interesse nella parte in cui tratta le questioni di legittimità costituzionale sollevate avverso le disposizioni dettate dal libro II del D.Lgs. 159/2011 ed in particolare, avverso gli artt. 84, 85, 89 bis, 91 co.6 e 94 del D.Lgs. nonché dei diritti fondamentali previsti dalla carta CEDU e dai protocolli addizionali [5].

Il Collegio, ritenendo tali censure infondate, precisava che secondo la normativa nazionale le misure interdittive antimafia si concretizzano, non nell'intervento su di "uno status generale di capacità giuridica" bensì, nella previsione di "limiti e divieti temporanei e specifici di contrattazione con la pubblica amministrazione e di esercizio di attività economiche sottoposte a vaglio autorizzativo a tutela di interessi pubblici generali" nonché a tutela della stessa possibilità di un loro libero esercizio da parte di tutti i *competitoreconomici*, nel rispetto dei principi di libertà d'iniziativa economica privata e di concorrenza sanciti dall'art. 41 della Costituzione e dal Trattato UE [6].

Pertanto, il giudice adito, richiamando un'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato riconduce ad una incapacità di agire temporanea l'effetto dell'interdittiva, essendo previste, a suo avviso, adeguate misure per poter ristabilire le condizioni di affidabile partecipazione della società all'economia, nella sua espressione più libera e incondizionata da possibili infiltrazioni.

In realtà, lo studio della casistica degli ultimi anni ci mostra come tali misure non siano affatto temporanee in quanto revocate esclusivamente nel caso in cui affiorino nuovi elementi *pro* imprenditore, determinando inevitabilmente un illegittimo rovesciamento dell'onus probandi e causando conseguentemente un'inerzia procedimentale ingiustificata.

Inoltre, i giudici di Palazzo Spada ritengono che le misure interdittive, estranee al sistema sanzionatorio penale in ragione del loro carattere cautelare ed anticipatorio, sono sottoposte ai principi di legalità e del giusto procedimento amministrativo, secondo criteri di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità [7].

Invero, a parere di chi scrive, la misura interdittiva spiega i propri effetti in modo molto più incisivo per il destinatario rispetto a qualunque misura cautelare personale cui un soggetto possa essere attinto e da ciò si palesa la necessità di ancorare le garanzie che devono seguire e presupporre tali provvedimenti [8]. La portata di tali provvedimenti si comprende estendendo l'angolo di osservazione e interpretando gli effetti devastanti che produce nei confronti di soggetti terzi ovvero soggetti che lavorano presso l'impresa attinta dall'interdittiva che vedono limitato un proprio diritto fondamentale.

Ancora bisogna ricordare che la normativa antimafia non prevede una partecipazione necessaria del soggetto in fase procedimentale andando ad inficiare probabilmente la garanzia di una piena istruttoria assicurata solo da un effettivo contraddittorio delle parti [9].

Il Collegio, poi, richiama la Corte Costituzionale (n. 57 del 2020) che già respingeva i dedotti dubbi di incostituzionalità, affermando che: “...queste complesse valutazioni che – come si è rilevato - sono, sì, discrezionali, ma dalla forte componente tecnica, sono soggette ad un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo. Di fatto è questa la portata delle numerose sentenze amministrative che si sono occupate dell’istituto. Esse non si limitano ad un controllo “estrinseco” e, pur dando il giusto rilievo alla motivazione, procedono ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza.”

Tuttavia, è discutibile sostenere che il Prefetto svolga attività di discrezionalità tecnica nell’emissione di un provvedimento interdittivo poiché esso si traduce in una valutazione di elementi di fatto, sovente di natura indiziaria e acquisiti a valle di un’attività istruttoria svolta talvolta rivalutando elementi già valutati in sede penale e da cui trae elementi che portano ad una decisione opposta in sede amministrativa.

È poco sostenibile, dunque, che la valutazione di fatti possa essere ricondotta nella discrezionalità tecnica e d’altro lato, appare ancor meno adeguata la limitazione che consegue a livello giurisdizionale poiché il giudice viene privato degli strumenti istruttori che permetterebbero di “investigare in autonomia” i fatti presupposti risalendo alla concreta portata [10].

Pertanto, è inevitabile rilevare come alla discrezionalità della Pubblica amministrazione nella materia in commento non segua una piena capacità istruttoria del giudice amministrativo realizzando sovente una ingiustificata compressione del diritto di difesa dell’operatore economico attinto dalla misura interdittiva.

Il collegio, allo stesso modo, ritiene infondate le violazioni sindacabili innanzi alla CEDU chiarendo che “in considerazione della natura non repressiva ma preventiva, e della varietà di comportamenti con cui le mafie ricercano attrattive occasioni di infiltrazione in società e relativi settori economici, il Consiglio di Stato ha ripetutamente – con la conferma della Corte Costituzionale adita in sede incidentale – affermato che la “tipizzazione giurisprudenziale”, in costante evoluzione, effettuata dal Supremo organo di giustizia amministrativa costituisce “parametro sufficientemente adeguato a evitare ogni pericolo di discrezionali se non arbitrarie azioni, nella vaghezza dei loro presupposti, da parte della autorità prefettizia nel definire i comportamenti sintomatici della infiltrazione mafiosa”. Sulla scorta di ciò, il Collegio adito esclude la pretesa irragionevole limitazione degli strumenti di tutela giurisdizionale dell’impresa sottoposta ad interdittiva antimafia in violazione delle norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie richiamate a tal fine.

E ciò dimostra che anche la discrezionalità ha un limite e che sarebbe finalmente opportuno introdurre in via legislativa una fase di partecipazione del destinatario dell’interdittiva affinché possa dimostrare le sue ragioni sin dalla sede procedimentale.

3. La necessità di riforma: uno sguardo al D.L. 6 novembre 2021, n. 152

A valle dell’orientamento giurisprudenziale e delle opposte posizioni della dottrina è evidente come la materia meriti una rimediazione da parte del legislatore. Chi scrive, da tempo, sostiene che già in sede procedimentale la disciplina vada ripensata, estendendo garanzie e

tutele al futuro destinatario del provvedimento interdittivo. Ciò che si richiede è un ancoraggio della disciplina ai principi dell'agire amministrativo.

L'esigenza della partecipazione effettiva mediante un contraddittorio procedimentale è stata finalmente colta con il D.L. 6 novembre 2021, n. 152 – G.U. 6 novembre 2021, n. 265 che all'art. 48 rubricato “Contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia” prevedendo che: *“Il prefetto, nel caso in cui, sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2, ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis, e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione, da effettuare secondo le modalità previste dall'articolo 93, commi 7, 8 e 9. In ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione di cui al presente comma elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose. La predetta comunicazione sospende, con decorrenza dalla relativa data di invio, il termine di cui all'articolo 92, comma 2. (...)”*

Assistiamo ad una presa di posizione fortemente auspicata. È pur vero però che ciò non può soddisfare pienamente chi desidera un sistema giusto e lontano dallo Stato della Paura. Negli ultimi anni, si è abusato di uno strumento che per sua natura sacrifica (talvolta in modo sproporzionato) diritti fondamentali del destinatario.

Solo la proporzione è condizione di civiltà dell'azione amministrativa e pertanto bisogna allontanare ogni possibile ipotesi di riconduzione ad un sistema sciolto e fluido, seppur necessario al contrasto di organizzazioni mafiose che per natura sono mutevoli [11].

*Seppur frutto di un lavoro unitario è possibile attribuire il primo paragrafo a Renato Rolli e i restanti a Martina Maggiolini

[1] 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

[2] *Cfr.* ex multis Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016 n. 1743

[3] 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

[4] *Cfr.* Cons. Stato, sez. III, 31 dicembre 2014 n. 6465

[5] Si consenta in 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

[6] V. SALAMONE, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019

11 marzo 2022

[7] v. 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*

[8] Cfr. A. Longo, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, Nomos, 2020

[9] Cfr. M. Mazzamuto, *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020

[10] v. F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *www.giustamm.it*, 6, 2018

[11] Cfr. Cons. St. 5 settembre 2019, n. 6105

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2496 – 20 ottobre 2022

“Rinvio pregiudiziale e giustizia amministrativa: i più recenti sviluppi”*

di Maria Alessandra Sandulli

Sommario: 1. Premessa ricostruttiva. - 2. L'esigenza di un sistema per “riparare” l'errore giurisdizionale per violazione del diritto UE. - 3. La (vana) ricerca di “indicazioni” sui limiti all'obbligo di rinvio pregiudiziale. - 4. Gli ultimi arresti ripropongono la strada della revocazione. - 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Desidero innanzitutto complimentarmi con l'amico e collega Marco Magri e con i colleghi dell'Università di Ferrara per l'organizzazione di questo incontro e ringraziarli per avermi invitato ad aprire la sessione dei rapporti tra rinvio pregiudiziale alla CGUE e diritto amministrativo, dandomi l'occasione per tornare a riflettere su un tema sempre interessante, che, come dimostra anche la più recente giurisprudenza, è oggi più che mai attuale.

Come cerco di rappresentare ai nostri studenti sin dalla prima lezione del corso di Diritto amministrativo progredito, l'impatto del diritto dell'Unione europea sulla nostra materia è particolarmente forte. Anche una rapida e superficiale rassegna degli atti (fonti normative, raccomandazioni, interventi della Commissione, decisioni giurisprudenziali) delle istituzioni dell'Unione consente agevolmente di percepire come essi interessino in larghissima parte l'esercizio dei poteri pubblici, a tutela delle garanzie dei valori affermati dai Trattati. Lo vediamo, evidentemente, in modo più frequente e immediato nella gestione dei servizi pubblici e nelle materie di rilevanza economica, per i profili inerenti alla tutela della

concorrenza, ma lo vediamo anche per le materie trasversali, come la tutela dell'ambiente o dell'effettività della giustizia.

È noto, per fare solo un esempio, il dibattito tra l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e la Corte di Giustizia sulle condizioni per l'azione giurisdizionale.

Mai come in questi ultimi mesi anche i non giuristi hanno peraltro percepito l'importanza delle regole dell'esercizio dei poteri pubblici e l'incidenza del diritto euro-unitario nel nostro ordinamento, consentendo anche a chi abbia solo rudimentali cognizioni giuridiche di comprendere il senso del cd "primato" di tale diritto sulle fonti interne. Gli esempi di più immediata percezione sono stati quelli legati alle misure di prevenzione anti-covid e di risposta alla crisi determinata dall'emergenza pandemica, e alla proroga delle cd concessioni balneari.

Ricorderete che i principali quotidiani hanno dato immediata e ampia notizia delle sentenze nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, con le quali l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha dichiarato la non applicabilità, per diretto contrasto con il diritto eurounitario, delle leggi che nel 2018 e nel 2020 avevano disposto la proroga generalizzata delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per uso turistico-ricreativo, qualificando *tamquam non essent* le proroghe disposte in base ai loro articoli (mi si consenta il richiamo, per tutti, al fascicolo monotematico n. 3/2021 di *Diritto e società*, consultabile in *open access* sul sito della rivista). Sono state sentenze molto commentate e spesso criticate, per le modalità, più che per i contenuti, ma sono certa che, più di mille lezioni e discorsi, hanno dato a tutti il senso dell'impatto del diritto UE nel nostro ordinamento. Così come evidentemente lo dà il susseguirsi di norme per garantire il rispetto degli impegni assunti con il PNRR.

A questo proposito, dal momento che siamo in un'assemblea di studiosi del diritto, ricordo che non possiamo non guardare con preoccupazione alle ultime norme iper-acceleratorie dei processi amministrativi, coniate l'estate scorsa per i giudizi relativi a provvedimenti finanziati in tutto o in parte dal Piano (il riferimento è evidentemente all'art 3 d.l. n. 85/2022, poi inserito come art. 12-*bis* nel precedente d.l. n. 68, per assicurarne la conversione agostana), che impongono un nuovo improvvido sacrificio all'effettività della tutela e alla giustizia nell'amministrazione (cfr. la nota della redazione e il commento critico di F. Volpe su *Giustiziasieme*)

Per i giuristi, e in particolare per gli studiosi di diritto processuale, l'ultimo lustro è stato poi, come noto, molto stimolante anche per il dibattito esplosivo tra le Supreme Corti sui rimedi processuali avverso le decisioni dei giudici amministrativi di ultima istanza (Consiglio di Stato e Corte dei conti), che, in spregio al suddetto primato del diritto UE e disattendendo l'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia imposto dall'art 267 TFUE, avessero di fatto negato tutela a posizioni riconosciute dal diritto dell'Unione. Con riferimento alle controversie che involgono rapporti con le pubbliche amministrazioni (e i soggetti a esse equiparati), la questione dei rapporti con il diritto UE si è andata infatti intrecciando con quella dei limiti al sindacato della Corte di cassazione ex art 111, co 8, Cost, sostanziandosi, più nello specifico, nella possibilità di individuare nella violazione del diritto UE un "motivo inerente alla giurisdizione".

Per comprendere un'importante angolazione della questione, è utile preliminarmente ricordare che, all'esito delle modifiche introdotte nel 2015, la l. n. 117/1988, sulla

responsabilità civile dei magistrati, nel disporre che chiunque può agire in giudizio contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni ingiusti patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali derivanti da un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia, riconduce, tra l'altro, espressamente alla "colpa grave" foriera di effetti risarcitori "la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea", e, oltre all'obbligo dell'azione di rivalsa nei confronti del magistrato ai sensi dell'art. 7, configura, all'art. 9, un obbligo di azione disciplinare per i fatti che hanno dato luogo all'azione risarcitoria, specificando che a tali fini non è neppure richiesta la colpa grave.

La riforma è, come noto, a sua volta significativamente frutto di interventi delle istituzioni UE. In particolare, il percorso trae origine dalla sentenza 13 giugno 2006, emessa nella causa C-173/03 (*Traghetti del Mediterraneo*), in cui la Corte di giustizia ha affermato che "Il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale".

La sentenza ha quindi osservato che "Il diritto comunitario osta altresì ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente, quale precisata ai punti 53-56 della sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*", secondo la quale, al fine di determinare se questa condizione sia soddisfatta, il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento danni deve tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano la situazione sottoposta al suo sindacato, e, in particolare, del grado di chiarezza e di precisione della norma violata, del carattere intenzionale della violazione, della scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto, della posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria, nonché della mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, 3° comma, CE, nonché della manifesta ignoranza della giurisprudenza della Corte di giustizia nella materia.

La medesima Corte di giustizia è stata poi investita di una procedura di infrazione (in C-379/10) promossa dalla Commissione europea al fine di ottenere una modifica della legge n. 117/1988 nel senso indicato dalla pronuncia del 2006 e, con sentenza del 24 novembre 2011 ha rilevato che la disciplina italiana sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati, laddove esclude(va) qualsiasi responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado, qualora tale violazione derivi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione di fatti e di prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e laddove limita tale responsabilità ai casi di dolo o di colpa grave, è in contrasto con il principio generale di responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto dell'Unione.

La novella del 2015 ha dato linfa alla questione della ricorribilità in Corte di cassazione ex art. 111, co. 8, Cost. contro le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti in contrasto con il diritto UE.

Come noto, a differenza di quanto disposto per le sentenze dei giudici ordinari (di cui l'art 111, co 7, Cost impone sempre l'impugnabilità in Cassazione per violazione di legge), contro le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti l'art 111, co 8, Cost. ammette infatti il ricorso per cassazione soltanto per motivi inerenti alla giurisdizione.

Ne consegue che, negli altri casi, l'unico rimedio (a parte l'opposizione di terzo) è quello, estremamente circoscritto, della revocazione.

Non è questa la sede per addentrarci nel dibattito generale sui limiti del sindacato della Corte di cassazione ex art 111, co 8, e sul percorso seguito dalle Sezioni Unite fino al famoso rinvio alla CGUE da parte dell'ordinanza *Randstad Italia* del 2020, sul quale mi permetto di rinviare al mio scritto "*Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*", pubblicato su *Giustizia insieme.it* e agli altri scritti nel volume a cura di A. Carratta, *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. un. n. 19598/2020*, Roma TrE-Press, 2021.

Ciò che mi preme sottolineare in questa sede è che mano a mano che si è andato sviluppando -e, mi sia consentito rimarcare, inasprendo- un certo contrasto di posizioni tra il Consiglio di Stato e la Corte di giustizia nelle controversie in tema di affidamento dei contratti pubblici - settore di grande rilevanza economica e tradizionale terreno di influenza del diritto UE-si è posto anche il problema della possibilità/necessità di utilizzare tali rimedi straordinari anche per evitare una responsabilità risarcitoria dello Stato per effetto di eventuali errori di diritto dei giudici amministrativi.

È così accaduto che, sviluppando un percorso avviato negli anni 2006-2008 con riferimento alla cd pregiudiziale di annullamento delle azioni di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, le SS. UU. della Corte di cassazione, con due importanti sentenze (2242 del 2015 e 31226 del 2017), hanno cassato le pronunce con le quali il Consiglio di Stato, disattendendo i principi di apertura alla tutela affermati in varie occasioni dalla Corte di Lussemburgo, aveva negato la legittimazione dei concorrenti non definitivamente esclusi da una gara per l'affidamento di contratti pubblici a contestare il possesso dei requisiti del ricorrente principale (la prima) e dell'aggiudicatario (la seconda), rilevando come tale restrizione, traducendosi in un'interpretazione delle norme europee in contrasto con quelle fornite dalla CGUE, così da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale, si sostanziasse in un "abnorme" diniego di giustizia, sindacabile ex art. 111, co. 8, Cost. La stessa Corte di cassazione rimarcava però l'eccezionalità di tale potere cassatorio sindacato (sintomaticamente esercitato solo due volte con richiamo al diritto UE e solo due volte con richiamo al diritto interno: una nei confronti del Consiglio di Stato, nel 2008, e una nei confronti della Corte dei conti, nel 2012) e precisando di non avere comunque il potere di sindacare la scelta ermeneutica del giudice amministrativo né la scelta di rinviare o meno la questione alla CGUE, come previsto dall'art. 267, co 3, del TFUE.

Le stesse SS.UU., peraltro, nell'aprile 2016, invocando una *interpretazione evolutiva* del limite esterno della giurisdizione, avevano analogamente riscontrato un vizio inerente alla giurisdizione con riferimento alla mancata considerazione da parte del Consiglio di Stato di una sentenza della Corte EDU e avevano ritenuto di potere di conseguenza direttamente rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità delle norme rilevanti ai fini della soluzione della controversia per contrasto con la Convenzione europea.

Alcune affermazioni di carattere più generale contenute nell'ordinanza nella parte in cui invocava la riferita interpretazione evolutiva avevano fatto però temere che essa tradisse un tentativo della Corte regolatrice di estendere il proprio sindacato per violazione di legge al di là dell'ambito, utilizzato come detto con estrema prudenza e ormai acquisito, del cd. "diniego di giustizia" (riconcucibile a un eccesso in negativo del potere giurisdizionale), sì da far rientrare nell'ambito dell'art. 111, co. 8 -attraverso il passaggio dalla violazione del diritto UE- il sindacato sulla violazione di legge in materia di diritti di rilevanza eurounitaria, anche nelle materie affidate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Questa preoccupazione ha indotto il Giudice delle leggi a un'estrema prudenza. Con la nota sentenza n. 6 del 2018, significativamente assunta all'esito di una camera di consiglio immediatamente successiva alla richiamata sentenza 31226 del 2017 della Corte di cassazione, infatti, la Consulta ha affermato che *"la tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dall'ottavo comma dell'art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, comprenda anche il sindacato su errores in procedendo o in iudicando ... non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale"* (§11), aggiungendo che *"L'intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU"* giacché anche in tal caso si ricondurrebbe *«al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), motivo sulla cui estraneità all'istituto in esame non è il caso di tornare"* (§14.1).

Dopo la suddetta pronuncia, la giurisprudenza delle Sezioni Unite si è andata consolidando nel senso che la negazione in concreto di tutela alla situazione soggettiva azionata, determinata dall'erronea interpretazione delle norme sostanziali nazionali o dei principi del diritto europeo da parte del giudice amministrativo, non concreta eccesso di potere giurisdizionale per omissione o rifiuto di giurisdizione, così da giustificare il ricorso previsto dall'art. 111, co. 8, Cost., atteso che l'interpretazione delle norme di diritto costituisce il *proprium* della funzione giurisdizionale e non può integrare di per sé sola la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, che invece si verifica nella diversa ipotesi di affermazione, da parte del giudice speciale, che quella situazione soggettiva è, in astratto, priva di tutela per difetto assoluto o relativo di giurisdizione (così SS.UU., nn. 32773/2018; nello stesso senso, tra le tante, le pronunce nn. 8311/2019, 27770/2020, 29653/2020, 36899/2021, 183/2022).

Tale orientamento espressamente include anche gli *errores in procedendo* nell'area dell'insindacabilità delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti ex art. 111, co. 8, Cost. (tra le tante, SS.UU., nn. 7926/2019, SS.UU. 29082/2019, SS.UU. 34470/2019, SS.UU. 27546/2021, non massimata).

Nell'ambito di detto indirizzo, si è anche affermato che il contrasto delle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato con il diritto europeo non integra, di per sé, l'eccesso di potere giurisdizionale denunciabile ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost., atteso che anche la violazione delle norme dell'Unione europea o della CEDU dà luogo ad un motivo di illegittimità, sia pure particolarmente qualificata, che si sottrae al controllo di giurisdizione della Corte di cassazione, né può essere attribuita rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio (SS.UU., n. 29085/2019; nello stesso senso, SS.UU., n. 6460/2020). Con l'ulteriore precisazione che la non sindacabilità, da parte della Corte di cassazione ex art. 111, co. 8, Cost., delle violazioni del diritto UE ascrivibili alle sentenze pronunciate dagli organi di vertice delle magistrature speciali (nella specie, il Consiglio di Stato) è compatibile con il diritto dell'Unione, come interpretato della giurisprudenza costituzionale ed europea, in

quanto correttamente ispirato a esigenze di limitazione delle impugnazioni, oltre che conforme ai principi del giusto processo ed idoneo a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, tenuto conto che è rimessa ai singoli Stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione (SS.UU., n. 32622/2018).

Nella sentenza n. 1454/2022 le SS.UU. ribadiscono così ancora significativamente che il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione è ammissibile nei casi di difetto assoluto e relativo di giurisdizione e, quindi, non può estendersi al sindacato di sentenze abnormi od anomale o che abbiano stravolto le norme di riferimento, neppure se direttamente applicative del diritto UE, né può essere accolta la richiesta di rimettere alla CGUE questioni volte a fare emergere errori in cui sia incorso il Consiglio di Stato nell'interpretazione ed applicazione di disposizioni di diritto interno applicative del diritto UE, non attenendo queste a motivi di giurisdizione.

Con buona pace delle garanzie di effettività della tutela e delle conseguenze economiche derivanti dalla responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE.

Il problema era evidentemente avvertito dalla stessa Consulta, che, nella richiamata sentenza n. 6/18 aveva giustamente rimarcato che *“rimane il fatto che, specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come auspicato dalla stessa Corte con riferimento alle sentenze della Corte EDU nella sentenza n. 123 del 2017”*.

In quest'ultima sentenza, come si ricorderà, la Corte costituzionale aveva dichiarato parzialmente inammissibili e parzialmente infondate le eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni (art. 106 cpa e 395 e 396 cpc), nella parte in cui non prevedono un ulteriore diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Consulta lasciava però emergere l'esigenza di una sollecita soluzione del problema da parte del legislatore nazionale, laddove rileva che *“nel nostro ordinamento, la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolgimento del giudicato, esige una delicata ponderazione, alla luce dell'art.24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi, e tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore”*. Esigenza ribadita, appunto, dalla sentenza n. 6/2018.

Nella legge delega per la riforma del processo civile (l. 26 novembre 2021, n. 206), il Parlamento ha espressamente delegato il Governo ad ampliare il ventaglio di motivi revocatori tassativamente indicati all'art. 395 c.p.c., prefigurando l'introduzione di una nuova ipotesi di revocazione straordinaria del giudicato che, a seguito di una successiva pronuncia resa dalla Corte EDU, risulti in violazione della CEDU o di quanto previsto nei Protocolli addizionali. Ipotesi introdotta nello schema di D.lgs. all'art 391-*quater*.

La novella, ancora non approvata, non tocca comunque il rapporto con il diritto UE.

2. L'esigenza di un sistema per “riparare” l'errore giurisdizionale per violazione del diritto UE.

In attesa di un intervento del legislatore, il problema di fondo -come rimediare processualmente all'errore del g. a. di ultima istanza ed evitare la condanna dello Stato italiano al risarcimento del danno- restava quindi irrisolto.

Entrambe le magistrature supreme, pur ovviamente da posizioni opposte, sono tornate sul tema.

La Corte di cassazione, con la richiamata ordinanza *Randstad Italia*, ha così addirittura chiesto alla Corte di giustizia se fosse compatibile con il diritto unionale (e, segnatamente, con l'art. 1, par. 1 e 3 della direttiva 89/665 letto alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) l'art. 111, co. 8, Cost., per come interpretato dalla Corte costituzionale nella sentenza 6 del 2018, nella parte in cui non consente di ricorrere ad un organo giurisdizionale supremo dello Stato membro per annullare una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato che abbia negato la tutela di diritti in violazione del diritto dell'Unione, e/o abbia disatteso l'obbligo di rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE. L'ordinanza ha suscitato un accesissimo dibattito sul quale si sono tenuti numerosi *webinar* e incontri in presenza e sono stati scritti fiumi d'inchiostro, ai quali evidentemente si rinvia per ogni utile approfondimento^[1]. Merita qui particolarmente rimarcare che le SS. UU. avevano avuto buon gioco nel ricordare, che la stessa Corte costituzionale, nella menzionata sentenza n. 6 del 2018, “*riconosce che «specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste», ma aveva osservato che esso «deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione [quindi, di quella amministrativa per le sentenze dei giudici amministrativi], eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'articolo 395 cod. proc. civ.»*”; e nel rappresentare (criticamente) al Giudice sovranazionale che “*Tale rimedio, tuttavia, non è previsto dal legislatore nazionale come strumento ordinario per porre rimedio alle violazioni del diritto dell'Unione che siano addebitate agli organi giurisdizionali*” e che “*La stessa Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale delle 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, in quel caso, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte cost. 27 aprile 2018, n. 93); in altra decisione, ha dichiarato inammissibile una analoga questione sollevata dai giudici amministrativi (Corte cost. 2 febbraio 2018, n. 19)*”. Aggiungeva peraltro, e correttamente, la Corte di cassazione che “*Tale rimedio, comunque, non sarebbe agevolmente praticabile per i limiti strutturali dell'istituto della revocazione (sub paragrafo 15, in relazione all'art. 395 cod. proc. civ.) e, specialmente, quando le sentenze delle Corti sovranazionali siano precedenti alla sentenza impugnata. È comunque dubbio che esso sia idoneo a paralizzare l'ammissibilità del ricorso per cassazione, non potendosi escludere che anche la sentenza emessa ipoteticamente in sede di revocazione possa incorrere in violazione dei limiti della giurisdizione*”.

La VI Sezione del Consiglio di Stato, dal canto proprio, prestando doverosa attenzione al tema della responsabilità, nella controversia *Hoffman – La Roche*, con ordinanza n. 2327 del 18 marzo 2021 aveva rimesso alla Corte di Lussemburgo di pronunciarsi sulla compatibilità degli artt. 106 cod. proc. amm. e 395 cod. proc. civ. nella misura in cui non consentono di usare il rimedio revocatorio per impugnare sentenze del giudice amministrativo di appello confliggenti con una sentenza della stessa Corte di giustizia e in particolare con i principi che questa abbia affermato a seguito di precedente rinvio pregiudiziale.

In estrema sintesi, in entrambi i casi la Corte di giustizia era dunque chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del sistema processuale interno con il diritto eurounitario in punto di

effettività della tutela giurisdizionale dei diritti conferiti da disposizioni che attuano tale diritto.

La prima sentenza è stata resa dalla Grande Sezione il 21 dicembre 2021 e la seconda dalla IX Sezione il 7 luglio scorso.

Come evidenziato dalla V sezione del Consiglio di Stato in una recentissima ordinanza su cui torneremo *infra*, per dar risposta alle questioni pregiudiziali sollevate nelle due sentenze, la Corte svolge sostanzialmente il medesimo ragionamento che può essere così esposto in sintesi:

- fatta salva l'esistenza di norme dell'Unione europea in materia, per il principio dell'autonomia procedurale spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei rimedi giurisdizionali necessari per assicurare ai singoli, nei settori disciplinati dal diritto unionale il rispetto del loro diritto ad una giurisdizione effettiva;

- se l'ordinamento interno assicura un rimedio giurisdizionale che sia equivalente a quello con il quale è garantita la tutela di situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno (principio di equivalenza) e che non renda in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione (principio di effettività) va escluso ogni contrasto delle disposizioni del sistema processuale interno con il diritto dell'Unione europea;

- resta fermo che i singoli che siano stati eventualmente lesi dalla violazione del loro diritto a un ricorso effettivo a causa di una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado che si ponga in contrasto con il diritto dell'Unione europea possono far valere la responsabilità dello Stato membro se la violazione ha carattere sufficientemente qualificato e in caso di esistenza di nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dal soggetto leso.

In base a tale ragionamento i Giudici di Lussemburgo hanno quindi ritenuto l'insussistenza dei profili di contrasto del sistema processuale interno con il diritto dell'Unione europea paventati nel primo quesito della ordinanza *Randstad Italia* e nel terzo quesito dell'ordinanza *Hofman-La Roche*.

La Corte non ha invece affrontato il quesito (secondo dell'ordinanza *Randstad Italia*): “*Se l'art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 TUE e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ostino alla interpretazione applicazione dell'art. 111 Cost., comma 8, art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1 e art 362 c.p.c., comma 1, e art 110 del codice processo amministrativo, quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per “motivi inerenti alla giurisdizione”, sotto il profilo del cosiddetto “difetto di potere giurisdizionale”, non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, *Cilfit*, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto*”

di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del) l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione: profilo su cui la Cassazione, nel chiudere in rito la controversia, non ha evidentemente mancato di esprimere perplessità.

Nella prima pronuncia successiva alla pubblicazione dell'ordinanza *Randstad I.* (ordinanza n. 1454 del 2022), riprendendo sostanzialmente il ragionamento della Corte di giustizia, la Corte di cassazione ha, come visto, ribadito il principio di diritto che *“Il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione è ammissibile nei casi di difetto assoluto e relativo di giurisdizione e, quindi, non può estendersi al sindacato di sentenze abnormi od anomale o che abbiano stravolto le norme di riferimento, neppure se direttamente applicative del diritto UE, né può essere accolta la richiesta di rimettere alla Corte di giustizia UE questioni volte a fare emergere errori in cui sia incorso il Consiglio di Stato nell'interpretazione ed applicazione di disposizioni di diritto interno applicative del diritto UE, non attenendo queste a motivi di giurisdizione”*.

Nella motivazione, le Sezioni unite estendono però il principio anche all'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza, sul quale, come detto, la CGUE non si è invece mai pronunciata.

Avevo affrontato la questione in senso fortemente dubitativo nella richiamata *Guida alla lettura* dell'ordinanza *Randstad I.*, osservando, in sintesi, che, se da un lato è innegabile che la decisione sulla necessità o meno del rinvio impatta sulla “riserva” di interpretazione della Corte di giustizia, tanto che il mancato rinvio è causa di responsabilità per gli Stati e di conseguenza per gli stessi giudici, sembra tuttavia difficile disconoscere che, nell'esercizio del potere di interpretazione, che è proprio di ogni giurisdizione, ci sia anche quello di ritenere che il quadro normativo e giurisprudenziale non dà adito a dubbi. Se così è, l'eventuale errore commesso in tale valutazione non sembra riconducibile ai *“motivi di giurisdizione”* neppure invocando lo sconfinamento nella *potestas* della Corte di giustizia, che, non solo non è propriamente qualificabile come giurisdizione, ma, soprattutto, è chiamata solo a *“risolvere”* i dubbi, laddove il giudice del caso concreto ne abbia rilevati (come dimostra il rigore con cui i Giudici di Lussemburgo valutano la ricevibilità dei quesiti che vengono loro rivolti). Concludevo dunque nel senso che *“Il fatto che il Giudice interno abbia l'obbligo di rimettere i dubbi interpretativi sulla portata delle norme UE al Giudice sovranazionale non sembra invero sufficiente ad affermare che esso non abbia il potere di valutare in autonomia si ricorra o meno un'ipotesi di dubbio, non diversamente da quanto si ritiene per la rimessione alla Consulta delle questioni di legittimità costituzionale. Sicché, peraltro, ancora una volta, l'effetto dell'allargamento del compasso prospettato dalle Sezioni Unite sarebbe più ampio, aprendo il varco al sindacato della Corte di cassazione anche con riferimento alle mancate rimessioni alla Corte costituzionale. Non sembra infatti che l'esigenza di evitare la responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE, pur indubbiamente importante e potenzialmente utile, sia argomento sufficiente per trasferire l'ultima parola interpretativa sulla configurabilità di dubbi di compatibilità eurounitaria al Giudice delle questioni di giurisdizione, né, qualora gli si riconoscesse tale potere, può fondare il discrimine tra questa interpretazione e quella che sta alla base del mancato rinvio alla Corte costituzionale”*.

La soluzione più coerente continuava -e continua- quindi, a mio avviso, a essere, quando ne ricorrano i presupposti, quella dell'eccesso di potere giurisdizionale per aprioristico e astratto diniego di giustizia.

3. La (vana) ricerca di “indicazioni” sui limiti all’obbligo di rinvio pregiudiziale.

Al di là di tale profilo (che resta quindi aperto), come è stato da più parti immediatamente rimarcato, dalle suddette sentenze – e in particolare dalla risposta della sentenza CGUE in causa *Randstad I*. al terzo quesito, che stigmatizza la lettura restrittiva espressa ancora una volta dal Consiglio di Stato in punto di legittimazione ad agire- dal quadro sopra delineato emerge che ogni vicenda giudiziaria che si sia definitivamente conclusa, stante l’esaurimento dei rimedi interni, con un assetto di interessi contrastante con il diritto dell’Unione europea è suscettibile di innescare un correlato e complementare giudizio nel quale discutere della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell’Unione europea al fine di accertare se sussistano le condizioni per la condanna al risarcimento del danno a beneficio del cittadino che in ragione di tale violazione abbia subito pregiudizio ai propri diritti.

E i conseguenti rischi di responsabilità degli stessi giudici in via di “rivalsa” e in via disciplinare.

La soluzione non soddisfa né l’interesse pubblico, né l’interesse privato.

Quanto al primo, perché la tutela risarcitoria non è mai soddisfacente della “*giustizia nell’amministrazione*” che costituisce irrinunciabile corollario e presupposto del rispetto dei principi e delle regole dell’azione e dell’organizzazione amministrativa^[ii]. Quanto al secondo perché, come evidenziato dall’Avvocato generale Hogan nelle conclusioni rassegnate nella causa *Randstad* (pt 82), vi è il forte rischio che l’azione per risarcimento dei danni, e dunque “*un rimedio del tipo Francovich [possa rimanere] un’illusione piuttosto che una realtà*”.

Per non parlare della preoccupazione dei magistrati, frequentemente esposti alla pressione della “minaccia” di azioni di responsabilità in caso di mancato rinvio pregiudiziale. Come ebbi già a evidenziare in uno scritto sulla riforma della legge sulla responsabilità civile dei giudici (*Riflessioni sulla responsabilità civile degli organi giurisdizionali*, in *Federalismi*, 2012) si tratta di un rischio che è evidentemente opportuno evitare.

Ne è testimonianza la serie di ordinanze di rinvio emesse dalla IV Sezione del Consiglio di Stato nella causa *Consorzio Italian Management e Catania Multi Servizi c. RFI* in tema di revisione prezzi. Dopo la dichiarazione di irricevibilità delle questioni formulate con una prima ordinanza^[iii], nel 2019 la Sezione, con una seconda ordinanza^[iv], ha chiesto, in via preliminare, alla CGUE “[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”.

Con la nota sentenza del 6 ottobre 2021 (battezzata come “*Cilfit IP*”), la Grande Sezione della Corte, dopo un ampio *excursus* sulle condizioni di ammissibilità del rinvio, ha risposto alla prima questione dichiarando che “*l’articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno deve adempiere*

il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi. La configurabilità di siffatta eventualità deve essere valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto dell'Unione, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze giurisprudenziali in seno all'Unione. Tale giudice non può essere esonerato da detto obbligo per il solo motivo che ha già adito la Corte in via pregiudiziale nell'ambito del medesimo procedimento nazionale. Tuttavia, esso può astenersi dal sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte per motivi d'irricevibilità inerenti al procedimento dinanzi a detto giudice, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività".

Nel merito, la Corte ha però reiterato la pronuncia di irricevibilità, rammentando che, secondo una sua costante giurisprudenza, *"nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, la necessità di pervenire a un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale impone che quest'ultimo rispetti scrupolosamente i requisiti relativi al contenuto di una domanda di pronuncia pregiudiziale e indicati in maniera esplicita all'articolo 94 del regolamento di procedura, i quali si presumono noti al giudice del rinvio (sentenza del 19 aprile 2018, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi, C-152/17, EU:C:2018:264, punto 21, e giurisprudenza ivi citata). Tali requisiti sono inoltre richiamati nelle raccomandazioni della Corte all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (GU 2019, C 380, pag. 1).*

Pertanto, è indispensabile, come enunciato all'articolo 94, lettera c), del regolamento di procedura, che la decisione di rinvio contenga l'illustrazione dei motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a interrogarsi sull'interpretazione o sulla validità di determinate disposizioni del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso stabilisce tra dette disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia di cui al procedimento principale" (con espresso richiamo alla propria precedente sentenza del 19 aprile 2018 e alla giurisprudenza ivi citata).

I Giudici di Lussemburgo hanno quindi osservato che, nel caso di specie, il giudice del rinvio non aveva rimediato alla lacuna rilevata al pt 23 della suddetta precedente sentenza, *"nella misura in cui esso continua, in violazione dell'articolo 94, lettera c), del regolamento di procedura, a non esporre con la precisione e la chiarezza richieste i motivi per cui ritiene che l'interpretazione dell'articolo 3 TUFUE nonché dell'articolo 26 e l'articolo 101, paragrafo 1, lettera e), TFUE, gli sembri necessaria o utile ai fini per dirimere la controversia di cui al procedimento principale, e neppure il collegamento tra il diritto dell'Unione e la legislazione nazionale applicabile a tale controversia. Tale giudice non precisa neppure i motivi che l'hanno portato a interrogarsi sull'interpretazione delle altre disposizioni e degli atti menzionati nella seconda e nella terza questione sollevate, tra i quali figura, in particolare, la Carta sociale europea, che la Corte non è peraltro competente a interpretare (v., in tal senso, sentenza del 5 febbraio 2015, Nisttabuz Poclava, C-117/14, EU:C:2015:60, punto 43), ma si limita, in sostanza, a esporre gli interrogativi a tal riguardo dei ricorrenti nel procedimento principale, come emerge dal punto 20 della presente sentenza, senza fornire la propria valutazione"*.

Il problema della preoccupazione dei giudici amministrativi di ultima istanza di non incorrere in azioni di responsabilità per mancato rispetto dell'obbligo di rinvio pregiudiziale emerge con la massima nettezza anche in un'altra controversia.

Con sentenza non definitiva n. 6290 del 14 settembre 2021, la IV Sezione del Consiglio di Stato, a fronte di pressanti eccezioni di incompatibilità eurounitarie delle norme interne

regolanti la fattispecie controversa, ha formulato alla Corte di giustizia i seguenti particolarissimi quesiti preliminari,

“A) se la corretta interpretazione dell’art. 267 TFUE imponga al giudice nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, di operare il rinvio pregiudiziale su una questione di interpretazione del diritto unionale rilevante nell’ambito della controversia principale, anche qualora possa escludersi un dubbio interpretativo sul significato da attribuire alla pertinente disposizione europea - tenuto conto della terminologia e del significato propri del diritto unionale attribuibili alle parole componenti la relativa disposizione, del contesto normativo europeo in cui la stessa è inserita e degli obiettivi di tutela sottesi alla sua previsione, considerando lo stadio di evoluzione del diritto europeo al momento in cui va data applicazione alla disposizione rilevante nell’ambito del giudizio nazionale – ma non sia possibile provare in maniera circostanziata, sotto un profilo soggettivo, avuto riguardo alla condotta di altri organi giurisdizionali, che l’interpretazione fornita dal giudice procedente sia la stessa di quella suscettibile di essere data dai giudici degli altri Stati membri e dalla Corte di Giustizia ove investiti di identica questione?”;

“B) se – per salvaguardare i valori costituzionali ed europei della indipendenza del giudice e della ragionevole durata dei processi – sia possibile interpretare l’art. 267 TFUE, nel senso di escludere che il giudice supremo nazionale, che abbia preso in esame e ricusato la richiesta di rinvio pregiudiziale di interpretazione del diritto della Unione europea, sia sottoposto automaticamente, ovvero a discrezione della sola parte che propone l’azione, ad un procedimento per responsabilità civile e disciplinare”.

All’esito della richiamata sentenza “*Cilfit IP*”, la cancelleria della Corte di giustizia, con nota del 13 dicembre 2021 ha però chiesto al giudice remittente se permanesse l’interesse a una decisione sulla questione rilevata con il rinvio pregiudiziale, tenuto conto dei principi ritraibili dalla suddetta sentenza del 6 ottobre 2021, sopravvenuta rispetto alla decisione di rinvio pregiudiziale. Senonché, il 19 febbraio 2022, la ricorrente produceva in giudizio la denuncia inviata il 24 gennaio 2022, alla Commissione europea, nella quale assumeva *inter alia* che con la suddetta sentenza non definitiva il Consiglio di Stato avrebbe in realtà esaminato e respinto tutti i motivi del ricorso di primo grado e che il rinvio pregiudiziale sarebbe stato effettuato al solo scopo di tutelare la posizione dei magistrati del Collegio decidente.

Con ordinanza n. 2545 del 6 aprile scorso, la IV Sezione ha però insistito nei quesiti, evidenziando che i principi elaborati dalla sentenza “*Cilfit IP*” non appaiono rispondere ai quesiti sollevati con la sentenza non definitiva n. 6290 del 2021; in particolare, ha rilevato che le condizioni poste dalla Corte di giustizia per escludere l’obbligo di rinvio pregiudiziale gravante sul giudice di ultima istanza ex art. 267 TFUE, risultano comunque:

i) di difficile accertamento, nella parte in cui fanno riferimento alla necessità che il giudice procedente, certo dell’interpretazione e dell’applicazione da dare al diritto dell’U.E., rilevante per la soluzione della controversia nazionale, provi in maniera circostanziata che la medesima evidenza si imponga anche presso i giudici degli altri Stati membri e la Corte (in questo senso si condivide l’orientamento espresso dal medesimo Consiglio di Stato, successivamente alla sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, cfr. sez. VI, n. 2066 del 2022, §§ da 28 a 32);

ii) lesive del principio costituzionale (art. 111, comma secondo, Cost.) ed europeo (art. 47, comma 2, Carta dei diritti fondamentali U.E.) della ragionevole durata del processo, in quanto il giudice supremo nazionale italiano è costretto a disporre un rinvio pregiudiziale, allungando di molto i tempi di risoluzione della controversia, per prevenire, in assenza di qualsivoglia filtro preventivo, la proposizione dell’azione di risarcimento del danno ai sensi della norma sancita dall’art. 2, comma 3-bis, legge n. 117/1988, nonché la

ragionevole certezza del coinvolgimento in un accertamento disciplinare, ai sensi della norma sancita dall'art. 9, comma 1, legge n. 117/1988 (pure dopo le precisazioni operate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 169 del 2021);

iii) lesive del principio del valore della indipendenza della magistratura, elemento costitutivo della declamata rule of law (art. 101, comma 2, Cost.; art. 47, comma 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; art. 6, comma 1, C.e.d.u.) in quanto, pure in presenza di una attività esecutiva motivatamente svolta dal giudice nazionale (come nel caso di specie), quest'ultimo può essere attinto dalla minaccia della sanzione risarcitoria e disciplinare per gli esiti (non graditi) della interpretazione.

Non sembra poi irrilevante ricordare che -dopo che con ordinanza dell'11 maggio 2022 il TAR di Lecce ha investito la Corte di giustizia di una serie di quesiti sulla compatibilità eurounitaria della soluzione accolta dalle richiamate sentenze dell'Adunanza plenaria sulle proroghe delle concessioni balneari^[v]- con la recente ordinanza n. 8010 del 15 settembre 2022, la VII sezione del Consiglio di Stato, in un collegio sintomaticamente presieduto dal Presidente Giovagnoli, relatore di una delle suddette sentenze, ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire “*se gli articoli 49 e 56 TFUE e i principi desumibili dalla sentenza Laezza del 2014, dove ritenuti applicabili, ostino all'interpretazione di una disposizione nazionale quale l'articolo 49 del codice della navigazione, nel senso di imporre al titolare di una concessione rinnovata senza soluzione di continuità di cedere alla sua scadenza a titolo non oneroso e senza indennizzo le opere edilizie realizzate sull'area demaniale balneare, potendo configurare tale effetto di immediato incameramento una restrizione eccedente quanto necessario al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito dal legislatore nazionale e dunque sproporzionato allo scopo*”^[vi].

4. Gli ultimi arresti ripropongono la strada della revocazione.

La strada più consona per la soluzione del problema sembra dunque, come evidenziato dalla stessa Corte costituzionale, quella della revocazione.

Sul punto, in ordine al quale, come detto, correttamente, la Corte di giustizia ha escluso la propria competenza e il legislatore non sembra ancora pronto a intervenire (dal momento che, come visto, la legge delega per la riforma della giustizia civile ha previsto l'estensione dell'azione revocatoria ai soli casi di contrasto con le sentenze della Corte EDU), il Consiglio di Stato -maggiore parte in causa- sta opportunamente, ma faticosamente, cercando una sua soluzione.

Con la sentenza 26 aprile 2018, n. 2530, la IV Sezione l'aveva invero rinvenuta nell'equiparazione all'omessa pronuncia su domande o eccezioni di parte della “*omessa pronuncia su questioni pregiudiziali di rilevanza europea, suscettibili di divenire oggetto (come nel caso all'esame) di una formale istanza di rimessione ad un plesso giurisdizionale (la Corte di Giustizia) diverso da quello adito, e competente in via esclusiva, per effetto delle limitazioni di sovranità cui hanno consentito gli Stati membri, ad interpretare esattamente e con uniformità di applicazione il diritto europeo*”. Osservava in particolare la Sezione che “*La conclusione, del resto, trova conforto in via interpretativa nell'identica ratio iuris sottesa alla nozione di domanda, altro non essendo - l'istanza di rimessione - che una domanda rivolta al giudice interno di rimettere la valutazione di una questione all'unico organo giurisdizionale deputato secondo il Trattato istitutivo a fornire l'esatta e uniforme interpretazione del diritto europeo. La rimessione, peraltro, per le Corti di ultima istanza (tale era il Consiglio di Stato nel caso de quo) rappresenta anche un*

preciso obbligo giuridico". Nell'accogliere il motivo di revocazione la IV Sezione, peraltro, richiamando l'Adunanza plenaria n. 3 del 1997, aveva precisato che *"siffatto errore è pur sempre di carattere senso-percettivo derivando da una lettura sbagliata (da intendersi: per errore sensoriale) del contenuto materiale dell'atto, per la quale si sostituisce una questione (quella effettivamente posta con l'istanza di rimessione) con un'altra (del tutto diversa) e ha aggiunto che l'errore deve essere caduto su un punto non controverso tra le parti, essere decisivo e di immediata rilevabilità, senza necessità di argomentazioni induttive o indagini ermeneutiche"*.

L'orientamento è stato però disatteso dalla V Sezione, che, nella più recente sentenza n. 834 del 2021, ha statuito che il rimedio revocatorio non è in alcun modo esperibile nei casi in cui il giudice – anche quello di ultima istanza, che ne è obbligato – *"abbia omissso di formulare, anche a negativo od omissso riscontro alla istanza di parte, questione interpretativa e di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte europea, ai sensi dell'art. 234 del Trattato"*. Posizione condivisa dalla VI Sezione nella sentenza n. 1088 del 2022.

All'esito dell'ultima pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Hoffman-La Roche*, la medesima V Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 8436 del 3 ottobre scorso, è peraltro tornata sul tema, osservando che *"Sorge, però, un dubbio di ragionevolezza, poiché da una parte è preclusa la possibilità di emendare il vizio consistente nella violazione del diritto dell'Unione europea attraverso un rimedio di sicura efficacia e rapidità quale il rimedio revocatorio (da esperirsi in unico grado dinanzi allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza) e, dall'altra, è ammessa l'introduzione di un giudizio risarcitorio, che per l'articolazione nei gradi ordinari è destinato in ogni caso a svilupparsi in un arco temporale più lungo con l'esito incerto dovuto all'accertamento delle condizioni per accedere al risarcimento"*. Si legge quindi, ancora, nell'ordinanza che *"L'intima coerenza dell'ordinamento – ciò che lo rende razionale – è in tensione ove lo stesso errore non è considerato a tal punto ingiusto da portare alla revoca, ma le sue conseguenze ingiuste meritevoli di essere rimediate in via risarcitoria"*.

La Sezione ha pertanto investito del problema l'Adunanza plenaria, chiedendole di vagliare, anche alla luce di tali considerazioni, i seguenti quesiti:

a) se e a quali condizioni la condotta del giudice che ometta di pronunciarsi sull'istanza di rinvio alla Corte di giustizia dell'Unione europea formulata da una delle parti in causa ex art. 267 T.F.U.E. sia qualificabile come omissione di pronuncia dovuta ad errore di fatto con conseguente ammissibilità della revocazione della sentenza pronunciata ai sensi degli artt. 106 cod. proc. amm. e 395, comma 1, n. 4) cod. proc. civ.;

b) in particolare, se configuri l'omissione di pronuncia di cui sopra il caso in cui il giudice non si sia pronunciato sull'istanza di rinvio in conseguenza di un fraintendimento in cui è incorso in merito alla questione di possibile incompatibilità delle disposizioni interne da applicare per risolvere la controversia con il diritto dell'Unione europea prospettata dalla parte nei motivi di appello.

5. Conclusioni.

In conclusione di questa rapida ricostruzione, non si può non esprimere ancora una volta delusione e sconcerto per le "distanze" prese dal legislatore, che costringe i Giudici interni a chiedere "aiuto" a quelli sovranazionali e la Plenaria a intervenire su una questione "di casa propria", trovandosi chiamata a cercare un bilanciamento tra l'esigenza di evitare che un eccessivo ricorso al rimedio revocatorio frustri gli sforzi verso una tutela più celere e alteri i

delicati rapporti all'interno di un istituto con pochi componenti e quella di "riparare" un errore di diritto potenzialmente foriero di responsabilità per lo Stato e per gli stessi componenti dell'organo di cui è vertice e di evitare i condizionamenti che, indirettamente, tali responsabilità determinano nei decisori (stretti a loro volta tra la sollecitazione a chiudere i processi in tempi irragionevolmente brevi e quella di prevenire un rischio risarcitorio o disciplinare).

Una soluzione più opportuna sembrerebbe allora quella della rimessione del tema alla Corte costituzionale, nell'auspicio che, di fronte all'inerzia del legislatore, trovi un componimento dei diversi interessi costituzionalmente rilevanti a un livello superiore a quello dei diretti interessati.

*L'articolo riproduce il testo della relazione al Convegno del Dottorato di ricerca in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali, tenuto presso l'Università degli Studi di Ferrara, Dipartimento di Giurisprudenza – Sede di Rovigo, 13-14 ottobre 2022).

[i] Senza pretesa di esaustività, cfr., oltre al volume di AA.VV., *Limiti esterni di giurisdizione e Diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. N. 19598/2020*, a cura di A. Carratta, Roma, 2021 (e ivi anche la richiamata *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*), la "trilogia" di F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro*, in *Giustiziainsieme*, 2020; Id., *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *Federalismi*, 2020 e *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia spa*, *ivi*, 2022; M. Magri, *Individuazione dell'interesse legittimo e accertamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, dopo il "caso Randstad"*, in *Giustiziainsieme*, 2022; M. Mazzamuto, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, *ivi*, 2022; 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 *Giustiziainsieme*, 2020; B. Sassani, *L'idea di giurisdizione nella guerra delle giurisdizioni. Considerazioni politicamente scorrette**, in *Judicium – Il processo civile in Italia e in Europa*, 2020; B. Sassani e B. De Santis, *Diniego di tutela giurisdizionale e poteri delle Sezioni Unite alla luce del diritto unitario europeo. Riflessioni a caldo su una decisione annunciata.*, *ivi*, 2022; G. Tropea, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustiziainsieme*, 2020; E. D'Alessandro, *Brevi riflessioni sul rinvio pregiudiziale interpretativo operato dalle Sezioni Unite in riferimento all'art. 111, 8 comma, Cost.*, in *Il giusto processo civile*, I, 2021, 153; E. Zampetti, *Diritto dell'Unione europea e articolo 111 co. 8 Cost. Considerazioni a margine del caso Randstad sui profili problematici della nomofilachia differenziata*, in *Giustiziainsieme* 2022; nonché le "interviste" su *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguenti" a Corte Giust., G.S., 21 dicembre 2021 – causa C-497/20, Randstad Italia?* di R. Conti a F. Francario, G. Montedoro, P. Biavati e R. Rordorf, in *Giustiziainsieme*, 2022.

[ii] M.A. Sandulli, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, n. 3/2018, pp. 45 ss.

[iii] 22 marzo 2017, n. 1297.

[iv] Cons. Stato, Sez. IV, 15 luglio 2019, n. 4949.

[v] Sull'ordinanza cfr. il commento di R. Dipace, *Concessioni "balneari" e la persistente necessità della pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Giustiziainsieme*, 2022.

[vi] Appare interessante a tale riguardo osservare che, nel definire uno dei giudizi su cui era intervenuta la Plenaria, con sentenza del 23 maggio 2022, ma resa all'esito di una c.c. del 19 aprile, la Sezione, in collegio diverso, ma con il medesimo Presidente, dichiarando l'inammissibilità degli interventi successivi all'investimento dell'Adunanza plenaria (che, essendo stato disposto direttamente dal Presidente del Consiglio di Stato prima della scadenza dei termini per eventuali difese o interventi, non ne aveva consentito la presentazione) aveva ignorato l'identica eccezione prospettata dagli intervenienti!

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2590 – 21 dicembre 2022

Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici

di Maria Alessandra Sandulli

Sommario: 1. L'iter dello Schema - 2. Premessa e principi generali - 3. Altre importanti novità - 4. Segue: la razionalizzazione del rapporto tra efficacia dell'aggiudicazione, accesso agli atti e alle offerte degli altri concorrenti, e termini di impugnazione.

1. L'iter dello Schema

Lo scorso 16 dicembre il Governo ha approvato “in via preliminare” lo *schema* del nuovo Codice dei contratti pubblici presentato dal Consiglio di Stato.

Come noto, il Governo con legge n. 78 del 21 giugno 2022 era stato delegato ad adottare “*uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate*”. Il comma 4 dell'art. 1 legge n. 78/2022 prevedeva peraltro che, ove il Governo intendesse demandare al Consiglio di Stato la formulazione del progetto di Codice ai sensi dell'art. 14 del t.u. n. 1954 del 1924, quest'ultimo dovesse avvalersi ai fini della stesura dell'articolato normativo “*di magistrati di tribunali amministrativi regionali, di esperti esterni e rappresentanti del libero foro e*

dell'avvocatura generale dello Stato?"; e che sul testo governativo non dovesse essere più acquisito il parere del Consiglio di Stato.

Avendo il 30 giugno 2022 il Presidente del Consiglio dei Ministri comunicato al Presidente del Consiglio di Stato di volersi avvalere della suddetta facoltà, ricordando altresì che l'approvazione della riforma costituisce un importante obiettivo del PNRR, il 4 luglio scorso il Presidente Frattini ha quindi istituito una Commissione speciale, da lui presieduta e con il supporto di un *board* composto dal Presidente aggiunto (Luigi Maruotti) e da due vice (Luigi Carbone e Rosanna De Nictolis), Presidenti titolari di sezione del Consiglio di Stato di cui uno con compiti di coordinatore (Luigi Carbone, Presidente della Sezione del Consiglio di Stato per gli atti normativi). La Commissione, composta inoltre da otto Presidenti di sezione del Consiglio di Stato, trentadue Consiglieri di Stato, dieci Consiglieri di TAR, due Avvocati dello Stato, due Consiglieri della Corte di Cassazione e un Consigliere della Corte dei conti, otto Professori universitari di prima fascia in materie giuridiche e avvocati (tra i quali ho avuto l'onore di essere inserita), quattro avvocati e sei "esperti tecnici" (economisti, ingegneri, esperti di *drafting*, un informatico e un Accademico della Crusca), era divisa in sei gruppi di lavoro, ciascuno guidato da uno o due Presidenti di sezione del Consiglio di Stato (Gabriele Carlotti e Roberto Giovagnoli - gruppo I; Gabriele Carlotti e Fabio Taormina - gruppo II; Carlo Saltelli e Hadrian Simonetti - gruppo III; Carlo Saltelli e Claudio Contessa - gruppo IV; Giancarlo Montedoro - gruppo V; Michele Corradino - gruppo VI), con il coordinamento generale del Presidente Luigi Carbone, supportato dal cons. Gianluca Rovelli.

I gruppi hanno elaborato – lavorando in parallelo – gli schemi di articolato dei singoli Libri del codice (il lavoro dei gruppi II e III è poi confluito prevalentemente nell'unico Libro II).

Nonostante il periodo estivo, la Commissione ha lavorato molto alacremente. In considerazione dei tempi molto ristretti, i vari gruppi e i rispettivi coordinatori si sono riuniti con assidua frequenza e i singoli componenti hanno lavorato individualmente su specifici adempimenti, sfruttando anche i giorni festivi.

Come evidenziato nella Relazione illustrativa, i membri della Commissione hanno lavorato senza alcun compenso e senza riduzioni del carico di lavoro e i lavori si sono articolati in riunioni plenarie di gruppo, in sottogruppi che riferivano periodicamente sull'attività svolta in occasione delle plenarie di gruppo, nonché in riunioni tra i coordinatori di gruppo, sovrintese dal coordinatore generale, per un totale di oltre 170 riunioni. Le riunioni si sono svolte quasi tutte *online* e si è deciso su ogni questione sulla base delle posizioni prevalentemente espresse dai componenti della Commissione, con il filtro, per ciascun gruppo, dei rispettivi coordinatori.

I testi dei sottogruppi e dei gruppi, elaborati già nella prima metà di agosto, sono stati trasmessi dai relativi coordinatori agli altri gruppi. Si è avviata così la lunga e complessa opera di rilettura, coordinamento ed elaborazione dello Schema.

Come riportato si legge nella Relazione, il 20 ottobre, nel pieno rispetto del termine che il Governo aveva assegnato, è stato così consegnato uno "*Schema preliminare di codice dei contratti*". Dopo l'insediamento del nuovo Governo, sulla base di una nuova interlocuzione avvenuta con nota del 14 novembre del Presidente del Consiglio dei Ministri, la Commissione ha continuato a lavorare, in composizione più ristretta, con l'apporto soprattutto dei coordinatori, per affinare gli ultimi miglioramenti tecnici, curare il *drafting*, sciogliere alcune

questioni giuridiche di particolare impatto, redigere un'accurata Relazione illustrativa per ogni singolo articolo (che intende fornire anche le linee guida per l'applicazione delle nuove norme) e predisporre gli allegati che garantiranno l'autoesecutività del nuovo Codice.

Lo “*Schema definitivo di codice*” sottoposto al Governo ha un numero di articoli analogo a quelli del Codice del 2016, ma ne riduce di molto i commi, riduce di quasi un terzo le parole e i caratteri utilizzati e, con i suoi allegati, abbatte in modo rilevante il numero di norme e linee guida di attuazione.

La Relazione precisa inoltre che “*Gli allegati sono 35, molti consistono di poche pagine. Si tratta di un numero comunque contenuto, specie se si considera che solo le tre direttive da attuare hanno, in totale, 47 annessi e che nel nuovo codice gli allegati sostituiranno ogni altra fonte attuativa: oltre ai 25 allegati al codice attuale, essi assorbiranno 17 linee guida ANAC e 15 regolamenti ancora vigenti, alcuni dei quali di dimensioni molto ampie (tra cui il d.P.R. n. 207 del 2010, risalente addirittura all'attuazione del codice del 2006, nonché quello sui contratti del Ministero della difesa, ridotto da oltre 100 articoli a poco più di 10). Ciò è stato possibile anche rinviando, in vari casi, direttamente agli allegati delle direttive, assicurando sia uno sfoltimento della legislazione interna sia il suo adeguamento immediato e automatico alle future modifiche delle norme europee. In non pochi casi si è scelto di conservare – verificandone preventivamente il positivo impatto – le norme del codice vigente che, in sede applicativa, hanno dato buona prova di sé. Un testo a fronte le indica con chiarezza, per facilitarne la lettura e la riconoscibilità da parte di chi dovrà rispettarle. Ma anche le novità sono molteplici, tutte analiticamente illustrate nella relazione di accompagnamento, un “materiale della legge” (Gesetzmaterial) che si propone come un vero e proprio manuale operativo per l'uso del nuovo codice, assorbendo anche la funzione di indirizzo attuativo sinora rivestita dalle “linee guida non vincolanti”.*”

Il testo approvato in via preliminare dal CdM, non ancora diramato, verrà trasmesso alla Conferenza unificata e alle Commissioni parlamentari per i rispettivi pareri e tornerà al Governo per l'approvazione definitiva, che dovrebbe avvenire entro il 31 marzo 2023 (anche se gli organi di stampa segnalano già un possibile slittamento).

Lo Schema prevede peraltro una fase transitoria di tre mesi, disciplinata dagli artt. 225 e ss. anche per ciò che attiene all'abrogazione e alla perdurante efficacia del d.lgs. n. 50/2016 e delle altre disposizioni indicate dai suddetti articoli. L'ultimo articolo dello Schema (art. 229) stabilisce infatti che “*il Codice entra in vigore con i relativi allegati il 1° aprile 2023*”, ma che “*le disposizioni del Codice con i relativi allegati, eventualmente già sostituiti e modificati, acquistano efficacia il 1° luglio 2023*”.

Si confida che entro il 31 marzo 2023 l'individuazione delle disposizioni codicistiche (e di attuazione) cui dovranno fare riferimento gli operatori del settore non presenterà profili di incertezza.

2. Premessa e principi generali

Lo *Schema* di Codice presenta profili fortemente innovativi, tanto sul piano dell'impostazione che su quello dei contenuti. Merita anzitutto sin da subito evidenziare il chiaro riferimento del suo ambito applicativo, per quanto non diversamente stabilito, tanto agli appalti che alle concessioni (art. 13). Si è inoltre scelto di redigere un Codice che non rinvii a ulteriori

provvedimenti attuativi e sia immediatamente “autoesecutivo”, consentendo da subito una piena conoscenza dell’intera disciplina da attuare. Ciò è stato possibile grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al Codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime). La fonte regolamentare, pur evidentemente più agile di quella legislativa, ha il pregio di valere solo per il futuro e non creare la confusione derivante dalle linee guida ANAC.

Per una migliore comprensione e interpretazione dell’intero testo è fondamentale il confronto con l’ampia e dettagliata Relazione che costituisce una vera e propria guida alla lettura dell’articolato.

Ciò vale anche e in primo luogo per i “*Principi generali*”, cui il testo dedica ben undici articoli (l’art. 12 opera un rinvio esterno, per quanto attiene alle procedure di affidamento, alla legge generale sull’azione amministrativa e, per quanto attiene alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione, al Codice civile).

I principi enunciati nei primi tre articoli assumono una valenza particolare, in quanto l’art. 4 li individua espressamente come “*criterio interpretativo e applicativo*” delle disposizioni codicistiche.

Come evidenziato anche dai comunicati stampa, i primi due articoli introducono i principi del “risultato” (art. 1) e della “fiducia” (art. 2).

Il primo prevede che le “*stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo [...]*”. Per evitare distorte chiavi di lettura della disposizione (che veda il valore preminente nella rapidità i lavori) merita però richiamare l’attenzione sull’espresso richiamo, oltre che alla “*qualità*”, al rispetto dei principi di “*legalità, trasparenza e concorrenza*”, che opportunamente chiude il primo comma (anche se la concorrenza è dichiarata poi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile), e alla finalizzazione del principio del risultato all’interesse della comunità e al raggiungimento degli obiettivi dell’UE. Tali -necessari- temperamenti al criterio della rapidità sono invero parte integrante del principio del risultato e devono essere tenuti ben presenti anche nella lettura del quarto comma, che stabilisce che detto principio costituisce “*criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva*”.

In uno Stato di diritto la certezza e la prevedibilità delle regole è invero un principio e un canone ermeneutico irrinunciabile, che non può essere sacrificato in nome della rapidità ad ogni costo dell’affidamento e dell’esecuzione di prestazioni che, deviando dal rispetto delle regole, non assicurino la qualità soggettiva del contraente e contenutistica dell’offerta.

L’art. 2 afferma il principio della reciproca fiducia “*nell’azione legittima, trasparente e corretta dell’amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici*”, ma, come risulta dai comunicati stampa e dai primi commenti, sembra essenzialmente mirare alla tutela dei funzionari pubblici, delimitandone la colpa grave, al fine di contrastare la c.d. “paura della firma”. Si ricorda tuttavia che (ad oggi fino al 2023) l’art. 21 del d.l. 76/2020 come prorogato dal PNRR ha limitato la responsabilità erariale dei funzionari pubblici ai casi di dolo, limitando la

responsabilità per colpa grave ai casi di condotte omissive e si segnala che l'art. 17 dello Schema di Codice dispone semplicemente che il superamento dei termini della procedura di affidamento *“costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso”*, e analoga disposizione è contenuta nel comma 7 dell'art. 18 nel caso di mancata o tardiva stipula del contratto. Scompare quindi il riferimento contenuto nell'art. 32 nel d.lgs. n. 50/2016 alla responsabilità erariale e disciplinare. Gli unici riferimenti nello Schema alla responsabilità del soggetto agente per danno erariale sono infatti contenuti nell'art. 215 a proposito dell'inosservanza dei pareri e delle determinazioni del Collegio consultivo tecnico. Nessuna disposizione dell'articolato fa invece riferimento alla responsabilità disciplinare.

Anche con riferimento al principio della fiducia lo Schema prevede in ogni caso, a ben vedere, dei temperamenti, laddove precisa che costituisce colpa grave *“la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto”*. Mentre *“non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti”*.

Il tema delicato sarà il contenuto che si vorrà dare all'aggettivo palese. Si lascia quindi, in buona sostanza alla giurisprudenza, il temperamento tra la celerità che porterebbe a ridurre le *“cautele, verifiche ed informazioni preventive”* e la violazione delle regole di *“prudenza, perizia e diligenza”* che richiederebbero una attività istruttoria più complessa.

La consapevolezza dell'oggettiva difficoltà di trovare il giusto equilibrio tra rapidità da un lato e correttezza e qualità dall'altro emerge dal comma 4 dell'art. 2, laddove dispone che *“Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7”*.

L'art. 3 - *Principio dell'accesso al mercato* – anch'esso significativamente richiamato tra i criteri applicativo e direttivo delle disposizioni codicistiche, conferma quanto detto sull'ineludibilità, in ogni caso, dei -tradizionali- *“principi di concorrenza, imparzialità, e non discriminazione di pubblicità e trasparenza di proporzionalità”*.

Gli altri articoli si occupano rispettivamente dei *“Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento”* (art. 5); *“Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore”* (art. 6); *“Principio di auto-organizzazione amministrativa* (art. 7); *“Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito”* (art. 8, che, però, al comma 3, prevede la possibilità che le Amministrazioni ricevano *“per donazione”* beni e prestazioni rispondenti al pubblico interesse); *“Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale”* (art. 9); *“Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione”* (art. 10); *“Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti”* (art. 11, che fa in realtà riferimento anche ai contratti collettivi territoriali).

Nel rinviare ad altra sede più ampie riflessioni su tali principi, merita evidenziare che l'art. 5, sotto il titolo *“Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento”*, nel richiamare la valenza di tali principi nell'ambito dell'intera procedura di gara, anche prima dell'aggiudicazione, al comma

3 afferma che *“In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole [recte, non vi è legittimo affidamento: ndr] se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti”*. La disposizione sembra dare spazio a una presunzione di concorso di colpa dell'aggiudicatario illegittimo: presunzione che pone, a ben vedere problemi di coerenza con l'enunciazione al comma 1 dell'art. 2 del principio di fiducia “reciproca”. Il comma 4, pur ponendo l'accento sulla possibilità di un'azione di rivalsa della *“stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso”*, limita peraltro opportunamente la concorrente responsabilità dell'aggiudicatario illegittimo all'ipotesi in cui esso abbia conseguito l'aggiudicazione con un comportamento *“illecito”*. Negli stessi termini, l'art. 209, comma 4 dello *Schema*, sostituendo l'art.124 c.p.a., stabilisce al suo nuovo comma 1, 3° periodo, che *“Il giudice conosce anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo”*. Come rilevato in altre occasioni, non posso non esprimere serie preoccupazioni per le riferite disposizioni che, se lette nel contesto di un sistema di tutela giurisdizionale che indebitamente privilegia la tutela risarcitoria rispetto a quella soprassessoria e caducatoria (in evidente spregio anche alla qualità della prestazione), corre il rischio di ridurre il contenzioso sui contratti *de quibus* a una controversia tra privati. Il che oltretutto farebbe dubitare della *ratio* della sua attribuzione alla giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo.

Con riferimento al principio di auto-organizzazione amministrativa, va segnalato che l'art. 7 rinvia la disciplina dell'affidamento *in house* dei servizi di interesse economico generale a livello locale all'apposito decreto legislativo di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali, a sua volta approvato dal Consiglio dei Ministri il 16 dicembre scorso, il quale rafforza l'obbligo motivazionale dell'affidamento, espressamente estendendolo anche al trasporto pubblico locale, con la sola strana eccezione delle funivie.

Merita particolare attenzione anche l'art. 10 (*“Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione”*), che afferma utilmente in modo chiaro il “divieto di affidamento” dei contratti pubblici *“agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice”* e che *“Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte”* e delimita i requisiti speciali (*“Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese”*).

3. Altre importanti novità.

Importanti novità riguardano poi la forte spinta verso la digitalizzazione, la programmazione di infrastrutture prioritarie, l'appalto integrato, una maggiore flessibilità per i settori speciali, il riordino delle competenze dell'ANAC (oltre all'eliminazione delle linee guida, il rafforzamento delle funzioni sanzionatorie e la titolarità in via esclusiva della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, con l'anagrafe unica delle stazioni appaltanti, compreso

l'elenco dei soggetti aggregatori, nonché l'anagrafe degli operatori economici), la revisione delle soglie al di sotto delle quali gli appalti potranno essere affidati senza gara, il partenariato pubblico-privato (cui è dedicato l'intero IV libro), l'introduzione del c.d. "subappalto a cascata", la revisione prezzi (per la quale sono state trasposte nel Codice le norme emergenziali che fissano l'alea al 5% e la quota di copertura dei prezzi), le qualificazioni delle stazioni appaltanti (anche se il Governo ha alzato la soglia fino alla quale i piccoli comuni potranno affidare direttamente i lavori); la trasparenza delle procedure di affidamento e l'accesso ai relativi atti per i concorrenti non definitivamente esclusi; la decorrenza dei termini di impugnazione e l'inserimento nel Codice della disciplina del Collegio consultivo tecnico.

4. Segue: la razionalizzazione del rapporto tra efficacia dell'aggiudicazione, accesso agli atti e alle offerte degli altri concorrenti, e termini di impugnazione.

Nell'ottica di un'effettiva accelerazione della stipula del contratto e di una più effettiva tutela dei concorrenti non definitivamente esclusi, lo Schema è intervenuto anche sulle fasi delle procedure di affidamento, sulla trasparenza degli atti di gara, sulle comunicazioni e sulla decorrenza dei termini di impugnazione. A questi fini merita leggere in combinato disposto gli artt. 17, 18, 36, 90 e 209.

In particolare, l'art. 17, reintroduce la distinzione tra "proposta di aggiudicazione" e "aggiudicazione", disponendo, al comma 5, che "L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace" e, al comma 7, che "Una volta disposta l'aggiudicazione, il contratto è stipulato secondo quanto previsto dall'articolo 18".

La decorrenza del termine dilatorio (c.d. *standstill* procedimentale) per la stipula del contratto e dei termini di impugnazione sono pertanto posticipati all'esito della verifica dei requisiti e alla conseguente comunicazione della -effettiva- aggiudicazione.

L'art. 18 dispone, infatti, opportunamente al comma 3 che "Il contratto non può essere stipulato prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione. (...)".

L'art. 36 dispone poi al comma 9 che "Il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria decorre comunque dalla comunicazione di cui all'articolo 90". La disposizione, ripresa dall'art. 209 -che sostituisce l'art. 120 c.p.a.- si combina con i commi 1 e 2 dello stesso art. 36 i quali dispongono che "1. L'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma digitale di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90. 2. Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate".

In questo modo si reintroduce e si rafforza il sistema di accesso automatico e immediato (senza onere di richiesta) a tutti i verbali, dati, atti e informazioni della procedura, ivi

comprese le offerte dei primi cinque candidati nelle parti che la stazione appaltante o l'ente concedente non ha ritenuto di dover oscurare (anche se occorrerebbe per chiarezza aggiungere “*contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione*”). Il sistema mira così ad evitare i ricorsi “al buio” (con inutile consumo della risorsa giustizia) e a dare, sin da subito, massima informazione ai concorrenti interessati a verificare la correttezza della gara ed eventualmente a contestarne l'esito. A questi fini l'art. 36 introduce un rito specialissimo per contestare, rispettivamente, da parte dell'offerente, l'eventuale totale/parziale diniego di oscuramento e, da parte degli altri concorrenti, l'eventuale eccesso di oscuramento.

Più correttamente, pertanto, la decorrenza del termine di impugnazione - tanto per l'aggiudicazione, quanto, a maggior ragione, per l'ammissione e la valutazione delle offerte diverse dall'aggiudicataria (di cui l'art. 90 non prevede alcuna comunicazione, a meno che si inserisca nell'obbligo di comunicazione dell'aggiudicazione anche quello della graduatoria) - dovrebbe essere ancorata, per i vizi deducibili da atti ostesi successivamente alla comunicazione del provvedimento impugnato, al momento in cui tali atti vengono effettivamente resi disponibili.

La norma deve essere sotto questo profilo meglio coordinata con il nuovo art. 120 c.p.a. che, nel testo riscritto dall'art. 209 dello Schema, dispone che il termine di impugnazione degli atti delle procedure di affidamento e di concessione disciplinati dal Codice “*decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 90 del codice dei contratti pubblici oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del codice dei contratti pubblici*”.

Dal momento che la certezza del termine di impugnazione costituisce una garanzia di effettività della tutela assolutamente irrinunciabile, anche quest'ultima disposizione dovrebbe però essere opportunamente integrata al fine di rendere chiaro che (i) la dilazione non può essere un'opzione, ma vale solo per i vizi non ancora conoscibili; (ii) si tratta di una dilazione e non di una anticipazione: quest'ultimo chiarimento è essenziale per non dare spazio a strumentali eccezioni delle amministrazioni resistenti o dei controinteressati sulla necessità di anticipare l'impugnazione di verbali e atti endoprocedimentali casualmente conosciuti prima della comunicazione di quello effettivamente lesivo o, all'opposto, a un atteggiamento di estrema prudenza dei ricorrenti (c.d. “contenzioso cautelativo”) con inutile spreco della risorsa giustizia.

Il nuovo secondo periodo del comma 2 dell'art. 120 potrebbe a questi fini essere allora più opportunamente così riformulato: “*Il termine decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione dell'atto impugnato ai sensi dell'articolo 90 del codice dei contratti pubblici oppure, se si impugnano atti diversi e non direttamente comunicati oppure si denunciano vizi conoscibili dagli atti messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del codice dei contratti pubblici, dai successivi momenti in cui tali atti sono stati effettivamente messi a disposizione*”. Analogamente, il comma 9 dell'art. 36 potrebbe essere opportunamente integrato con la precisazione “*o dai successivi momenti in cui la stazione appaltante o l'ente concedente abbia messo a disposizione gli atti impugnati e quelli da cui sono evincibili i vizi dedotti*”.

La distinzione tra proposta e aggiudicazione e la posticipazione a quest'ultima della decorrenza del termine di impugnazione e dello *standstill* procedimentale ha comunque l'importante scopo di evitare inutili contenziosi anteriormente all'esito della verifica dei

requisiti e, al contempo, “bruciare” la dilazione della stipula del contratto in un periodo che spesso è inferiore a quello necessario a tale verifica.

In un’ottica di migliore equilibrio tra i diversi interessi (di accelerazione e di tutela giurisdizionale) sarebbe peraltro a mio avviso più opportuno, come rappresentato anche nell’ambito della Commissione, anticipare la fase di eventuale contestazione degli oscuramenti delle offerte (contro il diniego o contro l’eccesso di oscuramento) al momento della proposta, in modo da utilizzare il tempo della verifica dei requisiti per definire il pur rapidissimo rito disegnato dallo stesso art. 36 per tale contenzioso.

A tali fini occorrerebbe aggiungere alle comunicazioni di cui all’art 90 quella della proposta di aggiudicazione e della sottostante graduatoria e prevedere la messa a disposizione degli atti di cui all’art 36, commi 1 e 2 contestualmente a tale comunicazione, facendo decorrere da tale momento i termini per contestare le decisioni sull’oscuramento delle offerte, sì che, al momento dell’aggiudicazione, i concorrenti abbiano la massima disponibilità del quadro fattuale di riferimento.

Ferma restando la necessità di ogni opportuna attività istruttoria e di verifica per raggiungere un risultato di qualità (soggettiva e oggettiva) dell’affidamento, è evidente invero che l’anticipazione del contenzioso sull’accesso -ma anche l’introduzione di un termine per la verifica dei requisiti e, a monte, per il rilascio delle informazioni all’uopo necessarie da parte delle autorità e degli organismi competenti- avrebbe l’ulteriore importante effetto di ridurre il ricorso agli affidamenti d’urgenza, che è di fatto un altro strumento per aggirare l’istituto dello *standstill* e (quel poco che resta del)la tutela cautelare.

Sul piano dell’effettività della tutela, merita peraltro, con soddisfazione, segnalare, per un verso, l’opportuna previsione, nel nuovo testo dell’art. 120 c.p.a., che per la proposizione di motivi aggiunti per impugnare gli atti della medesima procedura non è dovuto il pagamento di ulteriori contributi unificati, e, per l’altro verso, la “non trasposizione” nello Schema del decreto delegato, delle criticabili e criticate disposizioni del rito speciale PNRR inserite in sede di conversione del d.l. n. 68 del 2022 (sub art. 12-*bis*).

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2321 – 12 maggio 2022

Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell’informativa antimafia e l’istituto del controllo giudiziario*

di Maria Alessandra Sandulli

Sommario: 1. Premessa di inquadramento - 2. Il percorso verso una mitigazione del sistema di prevenzione: l’art. 34-bis del codice antimafia - 3. La riforma del 2021 - 4. Conclusioni.

1. Premessa di inquadramento

Le misure di prevenzione amministrativa antimafia sono al centro del dibattito scientifico e giurisprudenziale. Negli ultimi anni, le informazioni interdittive^[1] sono passate da poche centinaia a quasi due migliaia e il raggiungimento di un giusto punto di equilibrio tra la primaria esigenza di tutela dell’ordine pubblico economico, della sicurezza sociale e della libera concorrenza che esse perseguono e l’altrettanto innegabile esigenza di tutela dei diritti degli operatori economici su cui esse pesantemente incidono acquista ancora maggiore rilevanza in relazione agli obiettivi del PNRR e, più in generale, alla irrinunciabile esigenza di combattere i diversi fattori di crisi economica.

Come ripetutamente segnalato dalla dottrina, sia accademica che togata, e ben avvertito anche dalla più recente giurisprudenza, l’informazione interdittiva antimafia -nonostante la sua, formale, provvisorietà- può avere un effetto esiziale sull’impresa che ne è attinta.

Concepita come una misura di nicchia, essenzialmente focalizzata sui rapporti contrattuali della pubblica amministrazione e come tale in qualche modo giustificata dal diritto del committente (pubblico e privato) di scegliere contraenti -almeno apparentemente - “sicuri”,

la misura ha acquistato sempre maggiore valenza quando, come ben evidenziato anche in un recente convegno dal consigliere di Stato Giulio VELTRI[2], il legislatore ne ha esteso l'ambito di applicazione alle autorizzazioni commerciali e, attraverso i protocolli di legalità, alla contrattazione privata, e la giurisprudenza ha traslato i principi e le linee interpretative maturati quando l'informativa era riferita ai soli rapporti contrattuali con la p.A. anche a questa nuova e più ampia area di incidenza dello strumento.

L'operatore colpito dall'interdittiva perché l'autorità prefettizia, da una serie di elementi puramente indiziari, ha rinvenuto un rischio di potenziale pericolo non si vedrà invero più soltanto precluso l'accesso ai contratti pubblici, ma si troverà più generalmente impossibilitato ad avviare qualsivoglia attività economica (tanto che si è parlato di "ergastolo imprenditoriale"). Il che, verosimilmente, lo esporrà al dissesto o al fallimento, anche se all'esito del giudizio -amministrativo e/o penale- intentato per reagire allo strumento, il pericolo si rivelasse insussistente o comunque evitabile attraverso la sottoposizione a misure di prevenzione meno radicali. Ricordo a tale proposito che la Corte costituzionale, con la sent. n. 57/2020[3], per giustificare la conformità dell'istituto dell'interdittiva ai principi sostanziali e procedurali a tutela dei diritti fondamentali dei soggetti colpiti, ha riconosciuto "*un ruolo particolarmente rilevante [al] carattere provvisorio della misura*", propugnando una lettura rigorosa del termine annuale di validità previsto dall'art. 86 del codice: "*È questo il senso della disposizione dell'art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, secondo il quale l'informativa antimafia ha una validità limitata di dodici mesi, cosicché alla scadenza del termine occorre procedere alla verifica della persistenza o meno delle circostanze poste a fondamento dell'interdittiva, con l'effetto, in caso di conclusione positiva, della reinscrizione nell'albo delle imprese artigiane, nella specie, e in generale del recupero dell'impresa al mercato. E va sottolineata al riguardo la necessità di un'applicazione puntuale e sostanziale della norma, per scongiurare il rischio della persistenza di una misura non più giustificata e quindi di un danno realmente irreversibile...*". Merita sul punto rimarcare che la giurisprudenza amministrativa è consolidata nell'affermare che il decorso del termine annuale indicato dall'art. 86 non implica la decadenza automatica dell'eventuale misura interdittiva, ma impone soltanto di procedere alla verifica della persistenza o meno delle circostanze poste a fondamento dell'interdittiva, con l'effetto, in caso di conclusione positiva, della reinscrizione dell'impresa nell'albo le imprese e, in generale, del suo recupero al mercato. Il principio è ribadito, citando anche l'Adunanza Plenaria n. 23 del 2020, in un ampio e puntuale scritto del consigliere di Stato Massimiliano NOCCCELLI, pubblicato nel 2021 sul sito della giustizia amministrativa[4], il quale sottolinea che la durata annuale della misura non implica che, alla scadenza dei 12 mesi, gli elementi posti a base dell'originario provvedimento perdano di attualità, poiché essi, in mancanza di elementi sopravvenuti di segno contrario, mantengono inalterata la loro valenza indiziaria e ben possono giustificare il rinnovo del provvedimento interdittivo negli anni a seguire. L'A. richiama in proposito Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121, nel senso che la persistente rilevanza degli elementi indiziari posti a base dell'informativa affermata dalla giurisprudenza, anche dopo il decorso del termine annuale previsto dall'art. 86, co 2, cit., non è l'effetto di una non prevista ultrattività dell'informativa positiva, a differenza di quella c.d. negativa (o liberatoria), né tantomeno il frutto di una non consentita interpretazione *in malam partem*, come pure si è ritenuto, ma l'oggetto di una precisa disposizione normativa e, in particolare, dell'art. 91, comma 5, dello stesso d. lgs. n. 159 del 2011, per il quale «*il Prefetto, anche sulla documentata richiesta dell'interessato, aggiorna l'esito dell'informazione al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa*». Secondo la giurisprudenza amministrativa, tale disposizione ha evidentemente considerato che gli elementi posti a base dell'informativa antimafia a effetto interdittivo non "scadono" per il decorso del termine annuale, in quanto l'aggiornamento "liberatorio"

dell'informativa può esservi solo quando essi perdano la loro rilevanza indiziaria del pericolo di infiltrazione (così ad es. TAR Lazio, Latina, Sez. I, n. 32 del 2021). A conferma e sostegno di tale chiave di lettura, il Collegio ha aggiunto che sarebbe del resto irragionevole e contrario alla ratio della normativa antimafia «sostenere che elementi di consistente gravità, quali ad esempio l'assidua frequentazione, nel tempo, di soggetti pregiudicati o l'altrettanto costante collaborazione economica dell'impresa con la mafia o, addirittura, la presenza di soggetti controindicati nelle cariche societarie, perdano la loro efficacia indiziante solo perché l'informativa sia "scaduta" decorso l'anno dalla sua emanazione».

Nei fatti, a quanto mi si dice, l'interdittiva viene tendenzialmente confermata.

Sicché -nonostante il carattere formalmente preventivo e provvisorio, sul quale la giurisprudenza amministrativa e costituzionale appoggia anche la sufficienza della cd tassativizzazione giurisprudenziale dei presupposti indiziari, incompatibile con uno strumento di tipo sanzionatorio^[5] - essa finisce in buona sostanza per limitare in via permanente l'esercizio dell'attività di impresa. Limite che viene, come noto, "giustificato dalla considerazione che il metodo mafioso, per sua stessa ragion di essere, costituisce un «danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, comma secondo, Cost.), già sul piano dei rapporti tra privati (prima ancora che in quello con le pubbliche amministrazioni), oltre a porsi in contrasto, ovviamente, con l'utilità sociale, limite, quest'ultimo, allo stesso esercizio della proprietà privata. Il metodo mafioso è e resta tale, per un essenziale principio di eguaglianza sostanziale prima ancora che di logica giuridica, non solo nelle contrattazioni con la pubblica amministrazione, ma anche tra privati, nello svolgimento della libera iniziativa economica" (Cons. Stato, sent. 565/2017).

Nella Relazione della DIA al Parlamento sul I semestre 2021 si legge infatti significativamente che con l'interdittiva, "in termini generali, si impedisce quindi alle imprese interessate di stipulare contratti con la pubblica amministrazione in ossequio al principio costituzionale di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione" e, "nel contempo si concorre al mantenimento di un sano regime concorrenziale ed alla difesa dell'ordine pubblico economico che ha la funzione di garantire, proteggere e dirigere l'attività economica nazionale". Nella precedente Relazione per il I semestre 2020, la stessa Direzione rimarcava che la misura rappresenta "la massima anticipazione della tutela preventiva dello Stato dal crimine organizzato (...) in quanto comporta l'esclusione di un soggetto, ritenuto potenzialmente infiltrato dalla criminalità organizzata, dalla possibilità di intrattenere rapporti con le pubbliche amministrazioni?", esplicitando che essa è l'esito di un'apposita istruttoria effettuata in riferimento a "condizioni che non costituiscono un numero chiuso e non consistono solo in circostanze desumibili dalle sentenze di condanna per particolari delitti e dalle misure di prevenzione antimafia", nella quale possono rilevare anche le "motivazioni che lumeggiano situazioni di infiltrazione mafiosa da provvedimenti giudiziari non ancora definitivi", ovvero i "rapporti di parentela, amicizia e collaborazione con soggetti controindicati e che indichino un verosimile pericolo di condizionamento criminale per intensità e durata", nonché "aspetti anomali nella composizione e gestione dell'impresa sintomatici di cointeressenza dell'azienda e dei soci con il fenomeno mafioso". Si tratta, come si vede e come noto, di elementi necessariamente indiziari che, per di più, il Prefetto valuta con un forte deficit di contraddittorio e che il giudice amministrativo sindacava, alla luce della richiamata tipizzazione giurisprudenziale e secondo la regola del "più probabile che non" (affatto diversa da quella dell'"in dubio pro reo")^[6], con i limiti che inevitabilmente derivano da un procedimento che, per garantire l'effetto "sorpresa" non era e, nonostante la riforma del 2021, non è pienamente trasparente^[7].

2. Il percorso verso una mitigazione del sistema di prevenzione: l'art. 34-bis del codice antimafia

Pur nella consapevolezza della massima importanza che assume l'effettività della lotta alla criminalità organizzata e dell'apprezzamento che merita chiunque vi sia impegnato, i principi di proporzionalità e di equo bilanciamento dei diversi interessi primari -pubblici e privati- che devono guidare l'azione dei poteri pubblici -in sede legislativa e amministrativa- stanno, come noto, spingendo a una riconsiderazione del sistema e a una più attenta riflessione sulla effettiva necessità e opportunità di una misura così drastica.

Il tema sul quale concentrerò il mio intervento è, proprio, legato al percorso legislativo che ha portato a un progressivo alleggerimento del sistema di prevenzione antimafia nei casi in cui il richiamato obiettivo di tutelare le imprese e la collettività dall'espansione dei fenomeni di criminalità organizzata nelle attività economiche possa essere più proporzionalmente perseguito attraverso strumenti di "vigilanza prescrittiva", in forma di monitoraggio e/o tutoraggio, dei soggetti ritenuti a rischio di favorire le cd infiltrazioni mafiose nelle suddette attività, consentendo comunque loro di continuare a espletare le loro attività e di dimostrare, se non la sostanziale insussistenza, quanto meno il superamento di un tale rischio. Si sta in altri termini "*abbandonando progressivamente un approccio punitivo repressivo, preferendo strumenti di matrice preventiva e di controllo capaci di modularsi in base al differente grado di infiltrazione e di salvaguardare la continuità operativa dell'attività imprenditoriale mediante un'operazione di bonifica dall'inquinamento mafioso*"[8].

Il profilo -che, come emerso anche dai confronti tra giudici amministrativi e penali in precedenti incontri di studio[9], è di grande interesse- è particolarmente attuale alla luce delle modifiche introdotte, a margine delle disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR, dagli artt. 47, 48 e 49 del d.l. n. 152, convertito nella l. n. 233 del 2021.

Il "percorso" parte però, come noto, dal sistema penale. Gli articoli 34 e 34-*bis* del codice antimafia prevedono infatti, ove ne ricorrano i presupposti e in luogo del sequestro e della confisca dei beni del soggetto proposto, l'applicazione, a seconda del livello di rischio, di due diverse misure di prevenzione penale: l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende e il cd controllo giudiziario di queste ultime. In dottrina si è rimarcato che tali misure, "*raramente adottate dal giudice che decide sul sequestro o sulla confisca, e raramente invocate dai difensori in via subordinata rispetto alle richieste di rigetto/revoca del sequestro o della confisca*", sono state qualificate dalla Cassazione penale come "*modalità di intervento potenzialmente alternativo rispetto all'ordinario binomio sequestro/confisca dei beni del soggetto portatore di pericolosità*" (sent. n. 24678/21), delle quali - come aggiunge la sent. n. 21412/21 - "*il legislatore, ricorrendone i presupposti, ha inteso privilegiare l'applicazione in attuazione del principio di proporzionalità e in vista del possibile recupero dell'impresa alle fisiologiche regole del mercato, una volta ridotta l'ingerenza dei soggetti portatori di pericolosità*"[10]. In particolare, seguendo un approccio gradualistico "a scalare" in relazione ai diversi livelli di contaminazione dell'operatore economico, il controllo è stato introdotto dalla riforma codicistica di cui alla l. n. 161 del 2017 mediante l'inserimento del richiamato art. 34-*bis*, per intervenire in via conservativa e recuperatoria nelle ipotesi in cui i comportamenti a rischio di infiltrazione sono stati meramente occasionali e il condizionamento subito dall'impresa sia a un livello ancora embrionale e suscettibile di agevole rimozione[11]. Esso persegue una prioritaria finalità di cd "bonifica" delle imprese che versino in una situazione di assoggettamento o intimidazione o si siano occasionalmente prestate per agevolare le associazioni di natura mafiosa, consentendo loro di continuare ad

operare in una economia sana e di salvaguardare i livelli occupazionali e così favorendo il loro ritorno a un regime di piena legalità. Come efficacemente evidenziato, si tratta di “*un delicatissimo ‘istituto cerniera’, in cui trovano risoluzione equilibrata le possibili frizioni tra la giurisdizione amministrativa e la giurisdizione ordinaria e si saldano in modo armonico le contrapposte esigenze sottese alle interdittive antimafia, da un lato, della tutela dell’ordine pubblico e dei valori fondanti della democrazia avverso i tentativi di infiltrazione mafiosa nelle attività economiche lecite e, dall’altro, della libertà di impresa e del diritto di proprietà del destinatario del provvedimento prefettizio*”^[12].

Il comma 2 dell’art. 34-*bis* prevede che il controllo possa essere attuato in due modalità diverse:

- una modalità meno invasiva, consistente in un obbligo di comunicazione periodica al Questore e al nucleo di polizia tributaria degli atti di disposizione patrimoniale o di altri atti o contratti individuati dal Tribunale (lett *a*);

- e una modalità più invasiva, attraverso la nomina di un amministratore giudiziario, che però, diversamente da quanto avviene nell’amministrazione giudiziaria, non si sostituisce all’impresa, ma ha soltanto funzione di tutoraggio e di bonifica e riferisce periodicamente, con relazioni scritte bimestrali, al giudice delegato e al pubblico ministero (lett *b*).

In entrambi i casi, comunque, anche se nel secondo caso “*sotto controllo*” dell’amministratore, che adotterà le opportune cautele, l’impresa rimane quindi titolare della gestione e può continuare direttamente a operare anche in rapporto con l’amministrazione.

Il Tribunale può poi autorizzare la polizia giudiziaria all’accesso negli uffici dell’impresa per l’acquisizione di documenti o disporre il passaggio all’amministrazione giudiziaria di cui all’art 34 dello stesso codice.

È dunque evidente la differenza rispetto all’informazione prefettizia interdittiva, che, come detto, inibendo qualsiasi rapporto con la p.A., non soltanto contrattuale, ma anche autorizzatorio, determina spesso la chiusura dell’impresa. Sicché, come è stato esattamente rilevato anche dalla dottrina togata amministrativa^[13], è chiaro che “*visto dal lato delle imprese è meglio essere colpiti dalla prevenzione antimafia penale che non dalla misura interdittiva amministrativa*”.

L’accento si sposta allora inevitabilmente sul rapporto tra i due sistemi di prevenzione.

Il legislatore del 2017 ha espressamente disposto che l’applicazione delle riferite misure di prevenzione penale -tanto di amministrazione che di controllo giudiziario- sospende gli effetti dell’informativa amministrativa, attestando in tal modo la prevalenza della prevenzione penale.

La peculiarità del sistema è però determinata dal fatto che esso ha creato un’osmosi, un ponte fra le due aree, introducendo uno strumento assolutamente atipico e sicuramente anomalo in ambito penale: per raccordare in qualche modo i due sistemi di prevenzione, l’art. 34-*bis* ha infatti stabilito, al co 6, che l’imprenditore colpito da un’informativa antimafia possa, in parallelo all’impugnazione della misura davanti al giudice amministrativo e nelle more della sua decisione, chiedere al Tribunale di prevenzione di essere sottoposto al controllo giudiziario nella forma prevista dalla lett. *b*) dello stesso articolo, con sottoposizione cioè al solo controllo dell’amministratore giudiziario e non anche agli obblighi di comunicazione

indicati alla lett. a)[14]. L'applicazione del controllo determina, anche in questo caso, l'effetto sospensivo automatico dell'interdittiva prefettizia, fermo che, qualora, nelle more del periodo di controllo, il giudice amministrativo accolga il ricorso e annulli l'interdittiva, l'imprenditore potrà chiedere al Tribunale della prevenzione la revoca del controllo. Ci si è dunque interrogati se l'istituto non sia piuttosto configurabile come un "beneficio", proponendo un paragone con l'ipotesi della messa alla prova in senso proprio, prevista per l'imputato minorenni dall'art. 28 D.P.R. 448/88 sulla base del progetto elaborato ai sensi dell'art. 27 d.lgs. 272/89, il cui esito positivo comporta l'estinzione di qualunque reato, anche se astrattamente punibile con l'ergastolo, o, analogamente, per quella dell'imputato maggiorenne introdotta dagli artt. 168-bis ss. c.p. e 141-bis ss. c.p.p.[15].

La misura lascia peraltro aperte varie incertezze.

Il legislatore ha infatti dimenticato di chiarire cosa accade al termine, con esito favorevole, del periodo di controllo, e quale effetto abbia sul controllo la sentenza amministrativa -di accoglimento o di rigetto- dell'impugnazione dell'interdittiva.

Nel primo caso mi sembra abbastanza evidente che il Prefetto debba, quantomeno, rivalutare la situazione alla luce degli esiti del controllo, che, diversamente, avrebbe soltanto l'effetto di posticipare l'effetto dell'interdittiva. Si dovrebbe, dunque, aprire un procedimento di riesame di quest'ultima, nel frattempo sospesa, nelle forme dell'autotutela revocatoria, per valutarne, attraverso un'adeguata istruttoria e con le opportune garanzie di contraddittorio, la perdurante necessità. Con conseguente possibilità del destinatario di adire il giudice amministrativo contro il provvedimento confermativo della misura o contro l'eventuale inerzia sull'istanza del suo riesame. Ho parlato di revoca e non di annullamento in considerazione della differenza tra i presupposti delle due misure, tendenzialmente sottolineata anche dalla giurisprudenza. In particolare, con riferimento agli effetti dell'ammissione al controllo e dei suoi esiti sul giudizio amministrativo di impugnazione dell'interdittiva, il Consiglio di Stato ha affermato che *"il controllo giudiziario presuppone l'adozione dell'informativa, rispetto alla quale rappresenta un post factum" (...)* perché inevitabilmente diversi sono gli elementi fattuali considerati anche sul piano diacronico nelle due diverse sedi (...)*la valutazione finale del giudice della prevenzione penale si riferisce dunque alla funzione tipica di tale istituto, che è un controllo successivo all'adozione dell'interdittiva, ed ha riguardo alle sopravvenienze rispetto a tale provvedimento"*, concludendo che l'esito favorevole del controllo a richiesta e l'eliminazione del rischio di infiltrazione non rilevano nel giudizio amministrativo, che riguarda gli elementi esistenti al momento dell'interdittiva (sent. 319/21).

In buona sostanza, si è chiarito che il provvedimento interdittivo valuta il passato e, in base a ciò che l'imprenditore è stato e a come si è comportato, ne inibisce i rapporti con la pubblica amministrazione, mentre il controllo giudiziario si colloca in una dimensione dinamica, proiettata alla riferita possibilità di risanamento dell'impresa per rimetterla nell'economia legale. Come messo efficacemente in evidenza dal TAR Calabria, Catanzaro, nell'ordinanza Sez. I, n. 658 del 2019, *"l'ammissione al controllo non sconfessa la legittimità dell'informativa in punto di sussistenza di pericolo di infiltrazione non costituendone un superamento, ma in un certo modo conferma la sussistenza (v. Cons. Stato, n. 6377/2018; 3268/ 2018)"*, ma rappresenta *"un sostegno previsto dall'ordinamento per l'imprenditore che sia marginalmente toccato dai clan e che individualmente (specie in realtà piccole e contaminate e ad economia scarsa non sia in grado di reagire alla criminalità)"*.

Anche le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione hanno del resto significativamente affermato che, nel controllo a richiesta, il giudizio sull'occasionalità non riguarda esclusivamente o prevalentemente la pregressa attività di impresa (momento diagnostico), ma si riferisce anche alle prospettive di recupero all'economia sana (momento prognostico), guardando alle quali può valutarsi in modo concreto la contingenza o meno del fenomeno di agevolazione (sent. n. 46898/19, Ricchiuto). E, nel richiamare tale giurisprudenza, la stessa Corte di Cassazione, ha coerentemente sottolineato che, con la relativa richiesta, *“l'istante è chiamata a (necessariamente) dedurre solo quegli elementi, favorevoli, utili a giudicare recuperabile una situazione di condizionamento che può essere data per scontata, in quanto ritenuta in un diverso provvedimento (amministrativo), che la presuppone. Situazione di condizionamento che dunque, pur potendo essere apprezzata (specie nella sua intensità) dal giudice ordinario, non entra nel fuoco dell'accertamento necessario ai fini dell'ammissione all'istituto in esame (cfr. S.U. Ricchiuto, sopra richiamate), volto piuttosto alla disamina del profilo della recuperabilità dell'azienda all'economia sana”* (sent. n. 21412/21).

Come è stato giustamente osservato dalla dottrina, il concorso di giurisdizioni, amministrativa sull'atto di interdittiva e ordinaria sul rapporto tra impresa a rischio ed economia sana, ha del resto ragion d'essere *“solo se l'oggetto dei due giudizi è diverso e tale da non comportare un rischio sistemico di contrasto di pronunce, in un ordinamento policentrico che, pur limitando l'efficacia diretta del giudicato in altri giudizi, persegue pur sempre l'obiettivo della tendenziale coerenza e complementarietà degli accertamenti di giudici diversi”*^[16].

Non convince tuttavia l'affermazione, in una recentissima pronuncia del TAR Catania (1° maggio 2022 n. 1219), che la richiesta di controllo giudiziario presupporrebbe l'ammissione del contagio mafioso, sia pure nei limiti dell'occasionalità. Il ragionamento condotto, sicuramente suggestivo e interessante, trova invero a mio parere un insormontabile ostacolo nel fatto che, in senso diametralmente opposto, il legislatore ha individuato nell'impugnazione dell'interdittiva -e dunque nella non accettazione dei suoi presupposti- una pre-condizione dell'istanza di ammissione al controllo.

Venendo più specificamente ai rapporti tra giudizio amministrativo e giudizio penale, nella riferita ottica di autonomia tra le due misure, la decisione del giudice amministrativo confermativa della validità dell'interdittiva non dovrebbe ragionevolmente interferire con il controllo a richiesta. E la richiamata “condizione” dell'impugnazione dell'interdittiva per richiedere il controllo avrebbe soltanto una valenza di mancata acquiescenza alla misura.

Va però segnalato che l'impostazione sopra accolta non è unanimemente seguita dalla Cassazione penale: nella citata sent. n. 24678/21, condividendo la tesi della Corte d'appello secondo cui il giudice della prevenzione deve valutare solo la situazione di fatto esistente al momento dell'interdittiva e non gli accadimenti posteriori, la Corte di legittimità ne ha infatti cassato con rinvio la sentenza per difetto di motivazione, sollecitandola a effettuare una valutazione sostanzialmente sovrapponibile a quella del giudice amministrativo, mentre non ha ritenuto rilevanti le misure di *self cleaning* adottate dall'impresa dopo l'interdittiva.

Non è meno delicato il tema degli effetti dell'ammissione al controllo sul giudizio amministrativo. Come riferitoci dal consigliere VELTRI nei richiamati convegni e riportato nella citata ultima sentenza del TAR Catania, il Consiglio di Stato sta adottando una prassi di sospensione impropria del processo (*inter alia* ordd. 4873 e 5482/19), in attesa della fine del controllo, che, per quanto detto, se attestante l'intervenuta “bonifica”, dovrebbe, in un'ottica di ragionevolezza e di proporzionalità, determinare la revoca dell'interdittiva. Di contro, il

TAR Calabria, sezione di Reggio Calabria, ha ritenuto che, in ragione della non interferenza dei due ambiti giurisdizionali, il giudice amministrativo abbia comunque l'obbligo di definire il giudizio. Mentre, da ultimo, il TAR Catania, muovendo dal suddetto arduo presupposto che la richiesta di controllo implicherebbe il riconoscimento dell'illecito, ne ha affermato la radicale improcedibilità, non residuando in tesi spazi neppure per la tutela risarcitoria.

Il tema, come si vede, richiede un sollecito intervento del legislatore. O, quantomeno, dell'Adunanza plenaria, che avrebbe però, ancora una volta, l'ingrato compito di fare "chiarezza" senza indulgere in interventi "creativi"^[17].

La casistica giurisprudenziale ha dimostrato peraltro che questa osmosi tra i due ambiti di prevenzione ha determinato anche effetti paradossali. La Cassazione penale, si è trovata così di fronte al caso di un operatore che, dopo avere infruttuosamente adito il giudice amministrativo per l'annullamento dell'interdittiva, si era visto respingere la domanda di controllo giudiziario dal giudice della prevenzione penale sul presupposto che non vi fosse alcun rischio infiltrativo. Sicché, paradossalmente, proprio il fatto che era stato ritenuto indenne dal giudice penale, lo costringeva a subire gli effetti dell'interdizione nei rapporti con l'amministrazione. In linea con la richiamata posizione delle Sezioni Unite, la Corte ha risolto la questione affermando che, quando il controllo è a domanda e non c'è quindi, come nel controllo giudiziario ordinario, una sfera di valutazione riservata al giudice penale, il "fatto" presupposto della misura di prevenzione penale è l'informativa, la valutazione della cui legittimità è rimessa al giudice amministrativo, sicché il giudice penale non può entrare nel merito della sussistenza del rischio infiltrativo e negare la misura sul presupposto che esso non sussista, ma deve unicamente verificare la ricorrenza delle condizioni per l'ammissione al controllo^[18].

3. La riforma del 2021

Nel sistema sopra descritto si è inserita la riforma del 2021. Il legislatore, preso atto della crescente rilevanza delle misure di prevenzione antimafia anche in relazione all'attuazione del PNRR, è intervenuto sulla disciplina della documentazione amministrativa antimafia sul duplice fronte, procedimentale e sostanziale. Sul piano procedimentale, rispondendo, in parte, alle sollecitazioni della dottrina e della giurisprudenza^[19], ha aggiunto alla possibilità del Prefetto di disporre un'"audizione personale" dell'interessato prevista (solo in forma eventuale e peraltro non in forma sistemica) dall'art. 93, co 7 (pure novellato), 8 e 9 del codice, la previsione, in via generale, di una "procedura in contraddittorio", che si apre però solo dopo che il Prefetto si sia già determinato all'adozione delle misure di prevenzione amministrativa (attraverso un mero "preavviso" di tali misure), contempla espressamente una deroga in caso di particolari esigenze di celerità del procedimento, e, soprattutto, specifica che *"in ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione ... elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose"* (cfr. il nuovo art. 92, co. 2-bis, del codice)^[20].

Sul piano sostanziale, la novella ha introdotto, mutuandola dal sistema di prevenzione penale, una graduazione delle misure di prevenzione amministrativa.

Prendendo evidentemente atto della eccessiva rigidità della misura interdittiva a fronte di contatti meramente occasionali e della difficoltà di conciliare la maggiore severità delle misure amministrative rispetto a quelle penali, la riforma, inserendo nel codice un nuovo art. 94-*bis*, ha previsto che, qualora accerti che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di “*agevolazione occasionale*”, il Prefetto, invece di disporre l’informazione interdittiva, possa/debba semplicemente adottare, per un periodo variabile dai 6 ai 12 mesi una o più “*misure amministrative di prevenzione collaborativa*”, consistenti in misure organizzative, specificamente individuate dalla stessa norma, atte a rimuovere e prevenire le cause dei suddetti rischi di agevolazione. Come rilevato nella richiamata Relazione DIA sul I semestre 2021, si richiede, in estrema sintesi all’impresa di comunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura gli atti di disposizione, gli incarichi professionali conferiti e ricevuti, le forme di finanziamento da parte dei soci o di terzi dei contratti di associazione in partecipazione stipulati, nonché l’utilizzazione di un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione.

In buona sostanza, si tratta di uno strumento che si differenzia nei contenuti dal controllo giudiziario a richiesta (perché non prevede un amministratore giudiziario), assimilandosi, salvo che per l’applicazione della legge 231/2001, a quello previsto dalla lett. a) dell’art. 34-*bis* per il controllo giudiziario ordinario. Del controllo giudiziario -ordinario o volontario- il nuovo “controllo amministrativo” condivide comunque i presupposti e la *ratio* di evitare di travolgere le imprese attinte da contatti mafiosi meramente marginali, talvolta inevitabili in alcuni territori[21]. In coerenza con i già richiamati principi di solidarietà e di buon andamento della pubblica Amministrazione, di cui è corollario il principio di leale collaborazione inserito dal dl 76/20 nell’art. 1 della l. n. 241/90, le nuove misure di prevenzione collaborativa consentono di anticipare nella fase amministrativa, a fronte del carattere meramente occasionale dei tentativi di infiltrazione, le misure di *self cleaning* previste per il controllo giudiziario. Si apre così utilmente la strada a una cooperazione “*tra impresa e autorità amministrativa, consentendo a quest’ultima di entrare in azienda e verificare la presenza o meno dei pericoli di infiltrazione mafiosa, senza però esporla al rischio di una paralisi e salvaguardando il going concern aziendale e i livelli occupazionali*”[22].

L’inserimento della novella nel decreto-legge sull’attuazione del PNRR rileva peraltro che le nuove misure di collaborazione preventiva non perseguono soltanto l’obiettivo privatistico di permettere all’impresa attinta dall’interdittiva di proseguire la propria attività imprenditoriale, ma anche un importante obiettivo pubblicistico, volto ad arginare i ritardi nell’attuazione delle politiche economiche nazionali (tra cui la realizzazione delle opere pubbliche di rilevanza nazionale, la ripresa delle attività edilizie e del turismo, ecc.) derivanti dai provvedimenti interdittivi[23], consentendo direttamente ai prefetti di sostituire, laddove possibile, le misure di prevenzione inibitoria con strumenti finalizzati a “recuperare” le imprese a rischio, indirizzandole verso una economia sana.

Il legislatore ha previsto opportune forme di coordinamento con le misure di prevenzione penale. Con particolare riferimento al controllo giudiziario ordinario, che può comunque sempre intervenire, l’art. 34-*bis*, co 1, nel testo novellato dalla riforma, precisa infatti che il Tribunale della prevenzione “*valuta altresì se risultino applicate le misure di cui all’articolo 94-*bis* e, in tal caso, se ... adottare, in loro sostituzione, il provvedimento di cui al comma 2, lettera b)*”, consistente, come ricordato, nel monitoraggio e tutoraggio dell’amministratore giudiziario, tenendo eventualmente conto del periodo di esecuzione di tali misure ai fini della durata del controllo giudiziario. A conferma del rapporto di necessaria interrelazione con le misure di prevenzione

penali, la novella dispone poi, significativamente, che, prima dell'adozione delle nuove misure collaborative, il Prefetto dovrà verificare l'eventuale sottoposizione del destinatario, nel quinquennio precedente, a pregressi provvedimenti di amministrazione giudiziaria o di controllo giudiziario ai sensi degli artt. 34 e 34-*bis* del codice. Inoltre, riscrivendo il co 7 dell'art. 34-*bis*, l'art. 47 del d.l. 152/21 specifica che l'applicazione di tali misure di prevenzione penale sospende, oltre che gli effetti dell'interdittiva, anche i termini indicati dall'art. 92, co 2, per l'effettuazione delle verifiche prefettizie e il conseguente rilascio dell'informazione antimafia.

Accogliendo i suggerimenti della Commissione parlamentare antimafia, lo stesso articolo, peraltro, inserisce il Prefetto che ha emesso l'interdittiva tra i soggetti che devono essere sentiti dal Tribunale al fine di decidere se concedere all'impresa il controllo giudiziario su richiesta. Il legislatore non ha invece accolto l'altra proposta della Commissione di estendere al Prefetto la facoltà di impugnare la decisione penale.

È comunque indubbio che il sistema assegna un ruolo centrale al Prefetto e al gruppo interforze istituito a suo supporto presso la prefettura. Il Prefetto può, peraltro, nominare anche uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, con funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle nuove misure (art. 94-*bis* co. 2).

Formulando un'utile precisazione, l'art. 94-*bis* dispone poi, al 4° comma, che, alla scadenza del termine di durata delle misure amministrative adottate, il Prefetto, ove accerti, sulla base delle analisi formulate dal gruppo interforze, il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, rilascia un'informazione antimafia liberatoria ed effettua le conseguenti iscrizioni nella banca dati nazionale unica della documentazione antimafia. La previsione, che potrebbe essere utilmente traslata anche al rapporto tra interdittiva amministrativa e controllo giudiziario, dovrebbe però essere completata da un'indicazione delle tempistiche del riesame, necessaria a rendere più effettiva la tutela giurisdizionale contro eventuali ritardi nell'aggiornamento del rischio.

La nuova misura di prevenzione amministrativa dovrebbe avere un impatto estremamente importante sul sistema. Innanzitutto, sul sindacato giurisdizionale sull'interdittiva. Fino a oggi il giudice poteva/doveva soltanto valutare se l'istruttoria e la motivazione giustificavano, alla luce degli elementi fattuali acquisiti e alla stregua del riferito criterio del "più probabile che non" (cd "probabilità cruciale"), la rilevazione di un rischio di dare spazio a tentativi di infiltrazione mafiosa. Un sindacato di legittimità sotto il profilo del rispetto delle -scarne- regole procedurali e dell'eccesso di potere, nei limiti della non irragionevolezza della ritenuta sussistenza dei presupposti per l'adozione di una misura di prevenzione amministrativa, che si identificava necessariamente nell'interdizione dei rapporti con l'amministrazione. La valutazione di proporzionalità era stata fatta a monte dal legislatore e la Corte costituzionale ne aveva, come detto, affermato la coerenza sul presupposto del carattere preventivo e astrattamente provvisorio della misura, in tesi sufficiente a giustificare la prevalenza dell'interesse pubblico a fugare ogni possibile rischio di infiltrazione della cd criminalità organizzata nell'economia sull'interesse dell'imprenditore a non essere estromesso dal mercato. In questa luce, la Consulta aveva, come noto, affermato anche la compatibilità costituzionale della cd tassativizzazione giurisprudenziale delle ipotesi indiziarie della contaminazione, legata alla necessità di rispondere con la massima prontezza alla capacità delle organizzazioni mafiose di adattarsi rapidamente ("camaleonticamente") ai mutamenti economici e sociali, coniando nuovi strumenti di infiltrazione^[24]. E l'unico paracadute dato

all'impresa ritenuta a rischio di contaminazione era il controllo giudiziario su richiesta. Con le criticità di coordinamento cui si è sopra fatto cenno.

Oggi le cose sono, o almeno dovrebbero essere, profondamente cambiate.

Il Prefetto ha a sua disposizione due misure alternative di prevenzione, che, pur consentendo di fronteggiare il rischio di contagio, incidono in termini di ben diversa gravità sulla vita dell'impresa. Egli è quindi chiamato a valutare attentamente la situazione per operare la scelta più idonea. Non deve, in altri termini, più soltanto rappresentare, sulla scorta degli elementi indiziari tipizzati dalla giurisprudenza, una minima probabilità di rischio, ma deve anche dimostrare, attraverso un corretto adempimento degli oneri istruttori e motivazionali, che la misura adottata risponde ai rigorosi canoni dell'adeguatezza e della proporzionalità. E il giudice potrà e dovrà valutare la legittimità di questa scelta anche attraverso un vaglio del rispetto di tali canoni, indagando, con un sindacato effettivo sul fatto, sul carattere strutturale od occasionale delle circostanze da cui il Prefetto ha rilevato un pericolo di infiltrazione. Si pongono peraltro almeno due ordini di problemi.

Il primo -acutamente sollevato dal consigliere M. SANTISE nel già richiamato convegno di Palazzo Spada del 1° aprile scorso- è quello degli effetti del giudizio amministrativo di annullamento dell'interdittiva per difetto di motivazione sulla necessità di tale misura rispetto a quella introdotta dall'art. 94-*bis*. È chiaro che il ricorrente ha interesse a un annullamento *tout court*, ma una maggiore coerenza con la *ratio* delle misure di prevenzione antimafia renderebbe più opportuno, laddove ve ne siano i presupposti, un annullamento parziale -nella parte in cui non giustifica tale scelta- con conseguente immediata applicazione in via residuale delle misure collaborative.

Il secondo problema attiene, come è agevole comprendere e come ben emerso dalla citata sentenza del TAR Catania del 1° maggio scorso, ai rapporti con il controllo giudiziario a richiesta. Il fatto che le due misure rispondono a un'analoga *ratio* e muovono da un analogo presupposto -costituito dal carattere meramente occasionale della potenziale contaminazione e dal conseguente minore livello del rischio di infiltrazione- in una con la richiamata disciplina dei rapporti tra misure di collaborazione e controllo giudiziario, con l'espressa previsione che il giudice penale può, se del caso, sostituire le nuove, più miti, misure amministrative con il controllo attraverso l'amministratore giudiziario, indurrebbero a ritenere che il nuovo sistema di graduazione della prevenzione amministrativa dovrebbe implicare il superamento -e la conseguente eliminazione- dello strumento del controllo giudiziario su richiesta, preordinato, come detto, ad arginare gli effetti perniciosi dell'interdittiva in un contesto in cui il Prefetto non aveva alternative. Il fatto che la riforma abbia, come sopra ricordato, inserito il Prefetto che ha emesso l'interdittiva tra i soggetti che il Tribunale deve sentire prima di decidere sulla richiesta di ammissione al cd controllo volontario esclude però che il legislatore abbia operato (sia pure implicitamente) questa scelta. La permanenza delle due forme di controllo -peraltro con modalità diverse- crea tuttavia un evidente cortocircuito sul piano dei rapporti tra giudice amministrativo e giudice penale. Se, infatti, il Prefetto, nonostante la nuova possibilità di adottare la misura di collaborazione, ha ritenuto comunque necessario disporre la più grave misura interdittiva, vuol dire che ha già escluso il carattere "occasionale" della contaminazione e la conseguente possibilità di "bonificare" l'azienda, traghettandola in un contesto economico "sano". Sicché, come è stato giustamente evidenziato[25], il giudice della prevenzione, per accogliere la richiesta di controllo, dovrebbe inevitabilmente effettuare una valutazione critica sui presupposti, e, dunque, sulla legittimità della decisione amministrativa:

valutazione che è invece istituzionalmente riservata al giudice amministrativo. Significativamente il TAR Catania ha affermato che il fatto stesso dell'ammissione al controllo imporrebbe al Prefetto un immediato riesame della propria decisione interdittiva, secondo le nuove regole del contraddittorio procedimentale, con la precisazione che qualora la nuova istruttoria si concludesse con un giudizio prognostico positivo per l'impresa, alla rimozione dell'interdittiva dovrebbe fare automaticamente seguito la cessazione della misura di prevenzione penale, anche se *medio tempore* reiterata.

Si ripropone, dunque, l'annoso tema del rapporto tra giurisdizione penale e giurisdizione amministrativa, che, come ho avuto occasione di segnalare in riferimento alla materia edilizia[26], costituisce uno dei più gravi *vulnera* alla certezza del diritto e alla fiducia degli operatori e degli investitori[27].

4. Conclusioni

Non resta quindi che auspicare un sollecito re-intervento legislativo, che, oltre a regolare i rapporti tra controllo giudiziario e informazione amministrativa e le tempistiche del riesame della persistenza dei presupposti per le misure di prevenzione -garantendo un costante aggiornamento della loro effettività necessità, soprattutto con riferimento all'interdittiva- rivaluti l'opportunità della permanenza del controllo su richiesta e, magari, come suggerito dal TAR Catania, consideri anche l'opportunità di intervenire sulle regole e sulle tempistiche processuali, a questo punto, tanto del giudizio amministrativo, quanto di quello penale. Aleggja peraltro sempre il problema dei limiti della trasparenza e delle garanzie partecipative del procedimento che ha condotto all'adozione delle misure di prevenzione amministrativa: problema che la riforma ha solo attenuato[28] e che inevitabilmente si riflette sull'effettività di un sindacato giurisdizionale che non ha sempre pieno accesso al fatto.

Come è stato da varie parti segnalato, sarebbe peraltro parimenti auspicabile un intervento normativo uniformante dell'Unione europea, analogamente a quanto avvenuto per il mandato d'arresto europeo, riprendendo l'iniziativa a suo tempo bloccata dal "veto" opposto da alcuni Paesi (tra i quali, significativamente, Austria e Germania).

È in ogni caso assolutamente necessaria la creazione -a livello sia nazionale che europeo- di una valida "rete" di trasmissione delle informazioni e di coordinamento delle azioni tra le autorità competenti.

Si legge significativamente in un recente articolo sull'Huffington Post[29] che *"il Consiglio europeo ci conferma che nel 2019 i proventi da attività illecite nei principali mercati criminali ammontavano all'1% del PIL dell'Unione europea, ossia a 139 miliardi di euro. Non è disponibile una statistica più recente, ma a parità di condizioni, è indubbio che la cifra per il periodo 2020-21 (periodo di pandemia da covid-19) sia notevolmente più alta. Finora negli anni precedenti non è mai scesa. Le organizzazioni criminali sono presenti in tutti gli Stati membri e operano a livello transfrontaliero.*

Le principali attività criminali in Europa sono il traffico di stupefacenti, la cyber-criminalità, le frodi, il traffico di armi e la tratta di esseri umani. Nonostante una serie di nuove leggi e di sequestri di grandi dimensioni il colpo inferto alle organizzazioni mafiose è del tutto insufficiente".

Non vi è dubbio quindi che il tema debba essere seriamente affrontato anche a livello europeo.

*Il lavoro costituisce rielaborazione dell'intervento svolto dall'A. il 4 maggio scorso alla Tavola rotonda sul tema delle "Misure interdittive antimafia", organizzata dalla Scuola di perfezionamento per le Forze di Polizia nell'ambito del XXXVII Corso di Alta Formazione (anno accademico 2021/2022) ed è destinato anche agli scritti in memoria del Pres. Luigi Giampaolino.

[1] Sull'informazione antimafia, senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano, F. FIGORILLI-W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *federalismi*, 2021; R. DI MARIA e A. AMORE, *Effetti "inibitori" della interdittiva antimafia e bilanciamento fra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta*, *ivi*, 2021; G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e "valori fondanti della democrazia": il pericoloso equivoco da evitare*, in *giustiziasieme*, 2020; R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Sicurezza pubblica e funzioni amministrative di contrasto alla criminalità; le interdittive antimafia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2019; J. P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia e il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019; A. LONGO, *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *federalismi*, 2019; AA. VV. in G. AMARELLI-STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019; M. MAZZAMUTO, *Pil salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, in *Sistema penale*, 2020; ID, *Pagamento di imprese colpite da interdittiva antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione*, in *Giur. it.*, 2019, 1, p. 157 ss.; A. BONGARZONE, *L'informativa antimafia nelle dinamiche negoziali tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2018; F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *giustamm.it*, 2018; M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, in *Foro amm.*, 2017, pp. 2524 ss.; A. MARCHESE, *Soggetto e oggetto nel "diritto civile antimafia"*, Milano, 2017; G. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urb. e app.*, 2013, 3, p. 256 ss.

[2] G. VELTRI, *Questioni controverse in tema di interdittive antimafia*, Relazione al convegno su "Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza", svoltosi a Palazzo Spada il 1° aprile scorso e visualizzabile dal link [youtube](#) indicato sul sito della giustizia amministrativa.

[3] Su cui cfr. *inter alia* A. LONGO *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *Nomos*, n. 2/2020).

[4] M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in [www.giustizia-amministrativa](#) 2020.

[5] Cfr. da ultimo, prima della riforma del 2021, Cons. Stato, III, 25 ottobre 2021 n. 7165 (con nota di P. CACACE, *Conformità dell'interdittiva antimafia alle norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie*, in [giustamm.it](#), 2022, che, richiamando anche la sentenza n. 3 del 2018 dell'Adunanza plenaria, rimarca che la natura cautelare, anticipatoria e prudentiale, affermata da consolidata giurisprudenza, rende estranee al sistema sanzionatorio penale le misure interdittive antimafia, soggette, invece, al principio di legalità e a quello del giusto procedimento "secondo criteri di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità".

[6] Cfr. in argomento 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*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, pp. 1125-1164.

[7] V. *infra*.

[8] R. ROLLI, *L'argine inadatto. Pluriformi verità sull'interdittiva antimafia*, in corso di stampa, su gentile concessione dell'A.

[9] Segnalo in particolare il convegno organizzato dalla Sezione di Reggio Calabria del TAR Calabria e dal Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane dell'Università Mediterranea su *Il nuovo volto delle interdittive antimafia nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, svoltosi l'8 aprile scorso a Reggio Calabria.

[10] V. GAETA, *Il controllo giudiziario a richiesta dell'impresa e il compito del giudice ordinario*, in *giustiziasieme*, 2021.

[11] In argomento, *inter alia*, V. SALAMONE, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019.

[12] G. AMARELLI, *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri cognitivi del giudice ordinario* (a margine della sent. Cass. Pen., II, n. 9122 del 2021, in *Sistema penale*, 2021).

[13] G. VELTRI, cit.

[14] Sull'istituto del controllo giudiziario volontario, cfr., *inter alia*, S. FINOCCHIARO, *La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 10, pp. 256 ss.; A. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2018, pp. 368 ss.; C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in G. AMARELLI-S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia*, cit. pp. 237 e ss.; R. CANTONE-B. COCCAGNA, *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, *ivi*, pp. 283 e ss.; E. BIRRIFFERI, *I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel Codice Antimafia: amministrazione e controllo giudiziario delle aziende*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, pp. 859 ss.; M. MAZZAMUTO, *Il salvataggio*, cit.; A.G. DIANA, *Il controllo giudiziario nelle aziende*, Pisa, 2021, pp. 237 ss.

[15] V. GAETA, *Il controllo*, cit.; v. anche C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario"*, cit.

[16] Ancora V. GAETA, op. cit. Cfr. anche R. ROLLI e M. MAGGIOLINI, *Interdittiva antimafia e giudicato penale, nota a Cons. Stato*, III, 4 febbraio 2021, n. 1049, in *giustiziainsieme*, 2021.

[17] In argomento, cfr. da ultimo, gli Atti del convegno organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre e dal Consiglio di Stato su "I materiali della legge nella teoria delle fonti e nell'interpretazione del diritto", svoltosi a Palazzo Spada il 20 aprile scorso, consultabili su *youtube* con il link indicato sul sito della giustizia amministrativa. Per una riflessione critica sulla giurisprudenza "creativa" si consenta il richiamo alle considerazioni svolte e agli scritti richiamati in 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*, 2021, e in *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in corso di pubblicazione in *Il processo*, n. 1/2022 e già leggibile e visualizzabile sul sito della giustizia amministrativa, cui *adde* l'intervento al citato convegno del 20 aprile.

[18] Sul punto, specificamente, G. AMARELLI, *La Cassazione*, cit.

[19] Cfr. il già menzionato scritto di M. NOCCELLI, che, con riferimento all'ordinanza Corte di Giustizia 28 maggio 2020, in C-17/20 (che non aveva affrontato la questione non rilevandone un interesse transfrontaliero, ma aveva nondimeno incidentalmente ricordato che il rispetto dei diritti di difesa costituisce un "principio generale del diritto dell'Unione che trova applicazione quando l'amministrazione intende adottare nei confronti di una persona un atto che le arrechi pregiudizio"), osservava che restava quindi "sullo sfondo l'interrogativo, se la partecipazione procedimentale, almeno in certe ipotesi, non sia necessaria ad evitare l'emissione del provvedimento interdittivo ed adottare misure meno invasive per l'impresa a rischio di infiltrazione mafiosa, anche in una prospettiva *de iure condendo*". Significativamente, nella pluricommentata sent. n. 4979 del 2020, redatta dall'A., la III Sezione del Consiglio di Stato, pur ricordando che nel sistema disegnato dall'art 93 del codice 2011 l'audizione degli interessati "non è assente, ma solo eventuale, rimettendo alla valutazione discrezionale del prefetto la scelta sulla '... utilità di detto contraddittorio procedimentale in seno ad un procedimento informato da speditezza, riservatezza ed urgenza, per evidenti ragioni di ordine pubblico'" e che il sacrificio delle garanzie procedurali, giustificato anche dall'esigenza di evitare strumentali iniziative dilatorie, sarebbe compensato dalla possibilità di far valere le proprie ragioni in sede giurisdizionale, attraverso il sindacato sull'atto adottato dal Prefetto che, contrariamente a quanto assume parte della dottrina, sarebbe pieno ed effettivo, in termini di *full jurisdiction* (cfr sent. n. 2854 del 2020), nei passaggi conclusivi, accogliendo anche le sollecitazioni della dottrina, suggeriva, *de iure condendo*, un recupero, quantomeno parziale, delle garanzie procedurali, nel rispetto dei diritti di difesa spettanti al soggetto destinatario del provvedimento, in tutte quelle ipotesi in cui la permeabilità mafiosa «appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire utili elementi a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale». Sull'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia, cfr. G. CARRATELLI II (mancato) *contraddittorio endoprocedimentale in materia di informazione antimafia – Nota a: Tar Puglia – Bari, sez. III, ordinanza 13 gennaio 2020, n. 28*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici* [www.contabilita-pubblica.it] (30.01.2021).

[20] Tema sul quale mi sono soffermata nella Relazione svolta al richiamato convegno di Reggio Calabria (in corso di pubblicazione e reperibile su *youtube* con il link segnalato su *giustiziainsieme* 2022) e sul quale segnalo, da ultimi, gli scritti di R. ROLLI e M. MAGGIOLINI, *Notarelle sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittiva antimafia (nota a ordinanza Tar Lecce, sez. III, n. 116/2022)*, in *giustiziainsieme* 2022 e di N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, in *giustizia-amministrativa*, *it*.

[21] M. VULCANO, *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *Giur. pen. web*, 2021, 11.

[22] M. VULCANO, cit. V. anche D. ALBANESE, *Le modifiche del d.l. 152/2021 al 'codice antimafia' in sistemapenale.it*.

[23] Cfr. R. ROLLI, *L'argine inadatto*, cit.: “*Si è venuto così a creare un sistema bidirezionale: da un lato, l'insistenza dei mezzi di ablazione tradizionali quali la confisca e il sequestro, quali sistemi di lotta alla ricchezza di provenienza illecita; dall'altro, la previsione di un intervento pubblico finalizzato a soccorrere soggetti economici a rischio infiltrazione al fine di restituirla al mercato*”, liberandoli dai “*rischi derivanti dal condizionamento mafioso in un percorso di risanamento della legalità ... a beneficio dell'intero sistema economico*”.

[24] Cfr. ancora la lucida analisi di M. NOCCELLI, cit.

[25] G. VELTRI, cit.

[26] Da ultimo, voce *Edilizia*, cit.

[27] Sul tema, F. FRANCIOSI, *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, p. 93 ss; ID, *Illecito urbanistico o edilizio e cosa giudicata. Spunti per una ridefinizione della regola del rapporto tra processo penale ed amministrativo*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2015, p. 99 ss.

[28] Cfr. gli scritti citati alla nota 20.

[29] V. MUSACCHIO, *L'Europa ha bisogno di nuove strategie per combattere le mafie*, 9 gennaio 2022.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2187 – 16 febbraio 2022

Sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*

di Maria Alessandra Sandulli

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo e giurisprudenziale. – 3. In via preliminare. L’inammissibilità degli interventi e la possibilità di impugnare le sentenze della Plenaria “per motivi di giurisdizione”. – 4. Il confronto con il diritto UE. – 5. Gli effetti del rilevato contrasto con il diritto UE.

1. Premessa

Lo scritto si propone di offrire spunti introduttivi a una riflessione sulla delicata tematica della natura e del regime delle concessioni demaniali marittime (ma anche lacuali e fluviali) con finalità turistico-ricreative (che, per brevità, saranno tecnicamente indicate come “concessioni balneari” o “concessioni costiere”) all’esito delle sentenze nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, con le quali l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha dichiarato l’inefficacia delle relative proroghe ex lege (per le quali la l. n. 145 del 2018 e il d.l. n. 34 del 2020 avevano stabilito la scadenza del 31 dicembre 2033) per contrasto con il diritto eurounitario, rinviando tuttavia “l’operatività degli effetti” delle pronunce al 1° gennaio 2024^[1].

La questione della compatibilità delle suddette proroghe con il diritto eurounitario è nota e ampiamente dibattuta^[2]. Essa si lega essenzialmente alla riconducibilità di tali concessioni all’ambito applicativo della Direttiva CE n. 123 del 2006 (cd “Direttiva Servizi” o “Direttiva Bolkestein”, relativa ai “servizi nel mercato interno”, di seguito anche “DS”) – che, dopo aver

accolto, all'art. 4.1, una definizione molto lata di “servizi”, comprensiva di “qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione”, dispone, all'art. 12, che “1. 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”, precisando che, in tali casi, l'autorizzazione debba avere “una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami” – e, più in generale, alla necessità che il relativo affidamento si conformi ai principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza ai sensi dell'art. 49 TFUE.

In Italia la questione assume massima e particolarissima rilevanza dal momento che, anche in considerazione della estensione del nostro patrimonio costiero e delle condizioni climatiche favorevoli, le cd concessioni balneari in essere ammontano a circa 30000[3] e, nella maggior parte dei casi, i loro titolari hanno creato vere e proprie aziende, con significativi investimenti, in termini economici e personali, e importanti avviamenti.

Pur avendo ripetutamente preannunciato un riordino della materia nel rispetto dei suddetti principi di evidenza pubblica, il nostro legislatore ha quindi, fino a oggi, inaccettabilmente “temporeggiato”, continuando a rimandare il problema, attraverso una reiterata serie di proroghe generalizzate delle concessioni in essere; ciò che ha evidentemente scatenato la reazione delle istituzioni eurounitarie (sfociata il 3 dicembre 2020 in una lettera di messa in mora da parte della Commissione che avviava la fase precontenziosa di una nuova procedura di infrazione[4]) e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato[5] e creato un clima di gravissima incertezza nel settore.

In questa situazione, con decreto n. 160 del 24 maggio 2021, il Presidente del Consiglio di Stato, facendo per la prima volta uso dello speciale potere riconosciutogli dall'art. 99, comma 2, c.p.a., ha investito del tema l'Adunanza plenaria, sottoponendole i seguenti quesiti:

- 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.

- 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 della legge 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.

- se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 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, della legge 30 dicembre 2018, n. 145.

Nonostante tale intervento “propulsivo” del Giudice amministrativo, o magari proprio in attesa di un “soccorso” dell'Adunanza plenaria, il Governo ha assunto ancora una volta una posizione “attendista” e, sordo alle pressanti sollecitazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato[6], ha espunto il tema delle concessioni balneari dal d.d.l. concorrenza 2021, limitandosi a prevedere una delega al Governo ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, sentita la Conferenza unificata, un decreto legislativo per la costituzione e il coordinamento di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori, tenendo conto delle esigenze di difesa e sicurezza. Una scelta che, pur sicuramente fondata sull'auspicio di poter effettivamente creare i presupposti per provvedere, in tempi brevi, all'indispensabile riordino della materia, non poteva mancare di destare perplessità e preoccupazione, non soltanto alla luce del fallimento dell'analogo progetto del 2018, ma anche – e soprattutto – perché non accompagnata da alcuna anticipazione del termine di scadenza del 2033.

E così, lo scorso 9 novembre, l'Adunanza plenaria, con le richiamate sentenze 17 e 18, identiche nella motivazione e nella numerazione dei paragrafi, ha coraggiosamente elaborato la “sua” soluzione, assumendo sulle proprie spalle anche il pesante fardello di “scelte” che competevano e competono piuttosto al potere legislativo.

Come era prevedibile, e come è stato immediatamente confermato, le sentenze hanno acceso un intenso dibattito, di cui hanno dato testimonianza anche vari incontri di studio (consultabili *on line*)[7].

Si tratta, infatti, di pronunce fortemente impattanti sul piano economico, sociale e giuridico, e che, sotto quest'ultimo profilo, pongono rilevanti questioni processuali e sostanziali, attinenti a vari rami del diritto (eurounitario, costituzionale, amministrativo, civile e penale).

2. Il quadro normativo e giurisprudenziale

I profili di interesse e di criticità delle sentenze sono molteplici e non possono essere tutti evidenziati in queste brevi considerazioni introduttive. Mi limiterò pertanto a segnalarne alcuni tra i più significativi, che sono però già sufficienti a dare un'idea della problematicità della situazione determinata dalle sentenze in commento.

Prima di entrare nel vivo del ragionamento svolto dalla Plenaria, sembra utile premettere, in termini di estrema sintesi, un richiamo al quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

Come noto, le concessioni di cui si discute hanno a oggetto l'utilizzo di beni che, ai sensi dell'art. 822 c.c., appartengono al demanio necessario dello Stato e la cui gestione (ad

eccezione dei porti) è stata poi affidata alle regioni, che l'hanno a loro volta delegata ai comuni.

Con specifico riferimento al demanio marittimo, gli artt. 36 e 37 c. nav. dispongono che “L’*amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l’occupazione e l’uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di* *zone* *di mare territoriale per un determinato periodo di tempo*”, e che “*Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell’amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico*”. Qualche maggiore indicazione è rinvenibile nel Regolamento per l’esecuzione dello stesso codice (d.P.R. n. 328/1952), che, all’art. 18, prevede una modalità particolare di evidenza pubblica, avviata e condizionata dalla presentazione di una domanda di concessione (per certi aspetti analoga a quella prevista dall’art. 7 del TU della legislazione sulle acque pubbliche – R.D. n. 1775 del 1933 – per le concessioni di queste ultime, ma) con un regime di pubblicità molto ridotto[8].

Il c. 2 dell’art. 37, c. nav. prevedeva peraltro che, nel caso di pluralità di domande di concessione di beni demaniali marittimi, fossero preferite in sede di rinnovo, i titolari delle precedenti concessioni.

Il d.l. 5 ottobre 1993 n. 400, convertito nella l. n. 494, recante disposizioni per la determinazione dei canoni delle concessioni demaniali marittime, stabiliva poi all’art. 01 che “1. *La concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l’esercizio delle seguenti attività:*

- *gestione di stabilimenti balneari;*
- *esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio;*
- *noleggio di imbarcazioni e natanti in genere;*
- *gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive;*
- *esercizi commerciali;*
- *servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione”.*

Il comma 2 dello stesso articolo, come modificato dall’art. 10 della l. n. 88 del 2001 e “autenticamente interpretato” dalla l. n. 172 del 2003 (e infine abrogato dalla l. n. 217 del 2011 per far posto alle proroghe “a data unica”), dopo aver fissato in 6 anni la durata delle concessioni “*indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività*”, stabiliva peraltro che le concessioni per finalità turistico-ricreative di cui alle lettere da a a f (a eccezione di quelle rilasciate nell’ambito delle rispettive circoscrizioni territoriali dalle autorità portuali di cui alla l. 28 gennaio 1994 n. 84) fossero tutte automaticamente prorogate di ulteriori 6 anni a ogni scadenza.

Ancora, la l. n. 296/2006 (“legge finanziaria 2007”), modificando l’art. 3 del d.l. n. 400/1993, prevedeva che le concessioni demaniali marittime dovessero avere una durata non inferiore

ai 6 e non superiore ai 20 anni *“in ragione dell’entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni”*.

Il sistema finiva dunque di fatto per consentire concessioni perpetue, con conseguente sostanziale preclusione di ogni possibilità di subentro per altri eventuali aspiranti.

Merita tuttavia evidenziare che, per un verso, anche da un primo confronto con i sistemi vigenti negli altri Stati dell’Unione non si riscontra una situazione normativa chiara e univoca sul regime dei beni pubblici e sulle regole di selezione dei soggetti privati eventualmente autorizzati a occuparli e a utilizzarli a fini economici^[9] e, per l’altro verso, che, a differenza di quanto avvenuto, prima, per gli appalti e, poi, anche per le concessioni di lavori e di servizi, il legislatore eurounitario non ha mai adottato specifiche regole per disciplinare la durata e le modalità di affidamento delle concessioni di beni. Anzi, la Direttiva 2014/23/UE, che, per la prima volta, ha disciplinato le procedure di affidamento delle concessioni di servizi pubblici, ha espressamente escluso dal proprio ambito di applicazione le concessioni di beni. E così, evidentemente, anche il nostro codice dei contratti pubblici.

Pure la giurisprudenza comunitaria che, dalla nota sentenza Teleaustria del 2000 (richiamata anche dalla Plenaria), ha sancito l’obbligo di rispettare i principi generali di pubblicità, trasparenza e imparzialità nella selezione dei contraenti pubblici, si riferiva comunque alla – diversa – materia degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori e di servizi pubblici, tra i quali, come espressamente precisato dal riportato art. 01 del d.l. n. 400 del 1993, non rientrano evidentemente quelle per finalità turistico-ricreative.

In questo contesto si è però inserita, nel 2006, la richiamata Direttiva 123, che, come detto, dopo aver accolto, all’art. 4.1, una definizione molto lata di *“servizi”*, comprensiva di *“qualsiasi attività economica non salariata di cui all’articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione”*, ha, come visto, enunciato, all’art. 12, che, a fronte di risorse scarse per l’esercizio di un’attività, le relative autorizzazioni debbano avere una durata limitata ed essere esito di apposite procedure di selezione tra i candidati potenziali, con idonee garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità, con conseguente divieto di rinnovo automatico e di altre misure di preferenza per i precedenti titolari.

Nel 2008, la Commissione europea ebbe quindi ad aprire una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano, che ne ottenne l’archiviazione, rassicurando le istituzioni europee che avrebbe sollecitamente provveduto al riordino della materia.

Pur preannunciando, sin dal 2009, un intervento diretto a disciplinare le modalità di affidamento delle concessioni *de quibus* *“nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell’esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti”*, il nostro legislatore, confidando evidentemente anche in un diffuso convincimento della inapplicabilità della Direttiva alle concessioni di beni (tesi sostenuta del resto dallo stesso F. Bolkestein proprio in riferimento alle concessioni balneari in un’audizione alla Camera dei Deputati^[10]), si è peraltro limitato a sopprimere il cd *“diritto di insistenza”* del concessionario uscente (previsto dal testo originario dell’art. 37, c. nav.), ed è, all’opposto, ripetutamente intervenuto a posticipare la scadenza dei rapporti in essere (art. 1 c. 18, d.l. n. 194/2009, convertito con modificazioni nella l. n. 25/2010 e art. 24 c. 3-*septies* d.l. n. 113/2016 convertito nella l. n.160/2016).

Tale comportamento è stato stigmatizzato dalla CGUE nella nota sentenza *Promoimpresa* del 14 luglio 2016, che ha costituito la base argomentativa della decisione assunta dalla Plenaria.

Ma, approssimandosi la scadenza del 31 dicembre 2020 (fissata nella citata l. n. 160 del 2016), con la l. n. 145 del 30 dicembre 2018 (“legge finanziaria 2019”) il nostro legislatore, pur apparentemente avviando un iter di riordino della materia^[11], ne procrastinava di fatto ulteriormente l’attuazione, demandando (senza termini) al Governo di individuare (con apposito dPCM) i principi ed i criteri tecnici ai fini dell’assegnazione (delle sole) nuove concessioni di aree demaniali prive di concessioni in essere, all’esito di una consultazione pubblica della durata massima di 180 giorni, e disponendo una nuova proroga generalizzata delle concessioni esistenti, questa volta addirittura al 31 dicembre 2033 (art. 1, c. 682 e 683).

Ne è seguita una situazione di grave incertezza per gli operatori e per le amministrazioni, cui i comuni hanno reagito in modo non univoco, alcuni concedendo la proroga fino al 31 dicembre 2033, altri disapplicando la norma nazionale e avviando procedure selettive, altri ancora adottando soluzioni tampone, con proroghe limitate nel tempo in attesa dell’auspicato riordino, altri, infine, omettendo di pronunciarsi sulle istanze dei concessionari.

Ciò ha dato vita a vari contenziosi, che, a fronte di un prevalente orientamento nel senso della necessaria disapplicazione (*rectius*, non-applicazione) della legge di proroga^[12], hanno visto emergere una forte posizione di dissenso da parte dell’ TAR di Lecce, che, come dichiarato anche in diverse inter viste del suo Presidente, si è espresso in senso nettamente contrario alla configurabilità, *de iure condito*, di un obbligo delle amministrazioni di disapplicare le leggi di proroga e di avviare procedure selettive in assenza delle necessarie regole statali^[13].

La situazione si è, se possibile, ulteriormente aggravata quando, nell’ambito degli interventi connessi all’emergenza epidemiologica da COVID-19, con il d.l. n. 34 del 2020 (convertito nella l. n. 77/2020), c.d. Decreto Rilancio, il Governo, nel ribadire la valenza delle proroghe fino al 2033, ha disposto la sospensione dei procedimenti amministrativi volti alla nuova assegnazione delle concessioni demaniali marittime o alla riacquisizione al patrimonio pubblico delle aree demaniali, facendo espresso divieto alle amministrazioni di intervenire qualora “*l’utilizzo dei beni demaniali da parte dei concessionari verrà confermato verso pagamento del canone previsto dall’atto di concessione*” (art. 182, c. 2)^[14].

Infine, il d.l. n. 104/2020 (convertito nella l. n. 126/2020), nell’ambito delle misure a sostegno dell’economia, ha esteso formalmente la suddetta proroga al 2033 alle concessioni lacuali e fluviali, oltre che a quelle per la nautica da diporto.

Ne è seguita, il 3 dicembre 2020, una nuova lettera di messa in mora da parte della Commissione UE, che ha contestato l’inottemperanza dell’Italia agli obblighi imposti dagli artt. 12 DS e 49 TUE.

In particolare, dopo aver sottolineato che, nella sentenza *Promoimpresa*, la CGUE ha “*chiaramente confermato che le “concessioni demaniali marittime e lacuali rilasciate dalle autorità pubbliche e che mirano allo sfruttamento di un’area demaniale a fini turistico-ricreativi” devono essere qualificate come autorizzazioni all’esercizio di una determinata attività economica in base al concetto di “regime di*

autorizzazione” stabilito dall’articolo 4 della DS”, e “ha inoltre confermato in via generale che il capo III della direttiva sui servizi (quindi anche l’articolo 12 della medesima direttiva) si applica anche a situazioni puramente nazionali”, la Commissione ha rilevato che “sebbene abbia lasciato al giudice del rinvio la valutazione circa la scarsità delle risorse naturali necessaria ai fini dell’applicazione dell’articolo 12 della DS nei singoli casi oggetto di contenzioso, la CGUE ha sottolineato tuttavia che “il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non nazionale bensì comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato”. Inoltre, evidenziando il carattere assoluto e generalizzato delle proroghe disposte dal nostro legislatore, la Commissione ne ha desunto “che la legislazione nazionale in questione inevitabilmente riguarda concessioni aventi ad oggetto risorse che devono essere considerate scarse in base ai criteri stabiliti dall’articolo 12 della DS e specificati nella sentenza della CGUE”. E ancora che la medesima legislazione nazionale “non distingue tra situazioni in cui esiste un interesse transfrontaliero certo e situazioni in cui tale interesse non esiste, per cui ha ad oggetto anche situazioni che rientrano nell’ambito di applicazione dell’articolo 49 TFUE”.

Per quanto qui più interessa, la Commissione ha poi osservato che non è possibile invocare l’art. 12.3 DS, il quale, come si dirà meglio infra, consente di derogare alle regole proconcorrenziali per motivi imperativi di interesse generale, *“senza un’analisi caso per caso che consenta di valutare il legittimo affidamento dei titolari delle concessioni, come nel caso di “una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione”. E ha aggiunto che “secondo il diritto europeo un legittimo affidamento può sorgere solo se un certo numero di condizioni rigorose sono soddisfatte. In primo luogo, rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, devono essere state fornite all’interessato dall’amministrazione. In secondo luogo, tali rassicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte rassicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili[15]”.* Da ultimo, la Commissione ha rilevato che, in ogni caso, *“nella misura in cui è probabile che venga pregiudicato un interesse transfrontaliero certo – per quanto riguarda almeno alcune delle concessioni oggetto delle proroghe ex lege stabilite dalla legislazione italiana, è possibile presumere l’esistenza di un interesse transfrontaliero certo sulla base dell’ubicazione geografica dell’area demaniale e del valore economico delle concessioni?”*, le suddette proroghe comportano anche una violazione dell’art. 49 TFUE.

La lettera ha poi specificamente censurato anche il divieto di so-spendere i rapporti concessori in essere per violazione del principio di leale cooperazione degli Stati membri nell’osservanza del diritto dell’Unione.

E, ancora con riferimento all’art. 12 della DS, ha stigmatizzato le richiamate disposizioni della l. n. 145/2018 per ciò che, per l’assegnazione delle nuove concessioni potenzialmente disponibili, non definiscono *“alcun criterio specifico e oggettivo né prevedono alcuna procedura, in particolare per quanto concerne l’obbligo di assicurare una procedura di selezione tra i candidati potenziali che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e preveda, in particolare, un’adeguata pubblicità dell’avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento”* (il che *“nella pratica non permette di assicurare che tali nuove concessioni siano assegnate in conformità ai detti principi?”*), e, per le concessioni esistenti, prevedono tempistiche estremamente lunghe (almeno tre anni) delle attività preparatorie del previsto riordino, non prevedono norme o procedure che tengano conto anche delle possibili specificità locali e che garantiscano una procedura di selezione tra i candidati potenziali che presenti le suddette garanzie di imparzialità,

trasparenza e pubblicità e, oltre tutto, ne affidano la definizione a uno strumento tecnico (il dPCM) di rango secondario, inadeguato a modificare il quadro normativo vigente (d.l. n. 400 del 1993 e Regolamento di esecuzione del c. nav.).

La lettera non si è quindi limitata ad affermare l'incompatibilità del modello di "proroga generalizzata e indiscriminata" con il diritto UE, ma ha espressamente sottolineato la necessità di individuare "con legge" i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni balneari per garantire il rispetto dei surrichiamati principi.

La Commissione ha pertanto invitato la Repubblica italiana, ai sensi dell'art. 258 TFUE, a trasmetterle le proprie osservazioni entro due mesi dal ricevimento della lettera, riservandosi "il diritto di emettere, se del caso, il parere motivato previsto dal medesimo articolo".

Come detto, il legislatore italiano non è più intervenuto sul tema, e, anzi, il Governo lo ha espunto dal d.d.l. concorrenza, riproponendo la strada della previa mappatura della situazione esistente (sulla base, peraltro di criteri che dovranno a loro volta essere definiti con decreto legislativo delegato da adottare entro l'ulteriore termine di sei mesi dell'entrata in vigore della – non ancora emanata – legge concorrenza 2021).

Dal momento che, a distanza di 13 mesi dalla lettera di contestazione, la Commissione non ha espresso il parere motivato, si poteva però ipotizzare che (anche se non ve ne è traccia pubblica) lo Stato italiano avesse fornito una risposta idonea a rassicurare la Commissione.

In ogni caso, stante il diverso piano in cui operano la politica e la giurisdizione, tale risposta non può essere consistita nell'auspicio di un intervento "suppletivo" del massimo consesso della giustizia amministrativa.

Le considerazioni svolte nella lettera di contestazione sono comunque molto utili per una più consapevole disamina delle sentenze dell'Adunanza plenaria e delle problematiche da esse affrontate (e sollevate).

3. In via preliminare. L'inammissibilità degli interventi e la possibilità di impugnare le sentenze della Plenaria "per motivi di giurisdizione"

In primo luogo, proprio considerando l'impatto delle pronunce, non può non destare perplessità la rigida "chiusura" agli interventi delle Associazioni di categoria e dei soggetti che erano intervenuti negli altri giudizi che, pur analogamente pendenti dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, non sono stati "deferiti" all'Adunanza plenaria. La straordinaria capacità "creativa" dimostrata, pure in questa occasione, dal Giudice della nomofilachia amministrativa avrebbe quantomeno potuto essere utilizzata anche per chiedere alle Sezioni di riferimento una previa pronuncia sulla ammissibilità di tali interventi. La portata innegabilmente "decisoria" delle risposte date ai quesiti e il fortissimo impatto "a tutto tondo" delle pronunce sull'intero sistema giuridico-economico delle nostre coste (significativamente considerate come un unico bene per affermarne l'interesse transfrontaliero certo: v. *infra*) – con la dichiarazione di radicale inefficacia di tutte le proroghe, anche future, delle concessioni uso turistico-ricreativo disposte con apposite leggi e senza una previa procedura di evidenza pubblica – avrebbe invero imposto di garantire la

massima effettività del contraddittorio con tutte le parti che avevano manifestato il loro concreto interesse a difendere le posizioni cui il legislatore, le amministrazioni e, come si è visto, in alcuni casi, gli stessi giudici, avevano riconosciuto stabilità. Per le stesse ragioni non è accettabile il rifiuto dell'intervento delle Associazioni di categoria (§ 10.3) con la giustificazione che la pronuncia è resa sui quesiti posti in un giudizio sul “*diniego di proroga di una singola concessione demaniale*”, e “*non incide in via diretta ed immediata sugli interessi istituzionalmente rappresentati [da tali Associazioni], ma produce solo effetti non attuali e meramente eventuali sulla sfera dei concessionari*”.

Già per questo primo profilo, incontestabilmente decisivo, le sentenze potrebbero essere quindi impugnate dinanzi alla Corte di cassazione ex art. 111, co. 8, Cost., per eccesso di potere giurisdizionale *sub specie* di astratto e aprioristico “diniego di giustizia” nei confronti dei predetti aspiranti intervenienti.

Con riferimento alla più ampia questione della possibilità di farne oggetto di ricorso per “motivi di giurisdizione”, merita peraltro sin da ora osservare che, anche in termini più generali – per quanto detto e per quanto emerge dalla piana lettura del relativo testo – tali pronunce sono immediatamente idonee a incidere, anche sotto il profilo sostanziale, (quantomeno) sulle posizioni delle parti in causa e non appare pertanto giustificabile escluderne *a priori* la censurabilità dinanzi alla Corte di Cassazione semplicemente trincerandosi dietro la natura formalmente non decisoria delle sentenze dell'Adunanza plenaria (in pretesa analogia con quanto affermato, in una singola pronuncia e in situazione affatto diversa, dalla Suprema Corte nella sentenza 22 dicembre 2017, n. 13, con riferimento al vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico antecedenti al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42). Una tale soluzione di chiusura contrasterebbe, a tacer d'altro, anche con il principio di economicità del sistema (o “servizio”) giustizia, evidentemente pregiudicato dalla moltiplicazione dei ricorsi avverso le successive decisioni man mano rese dalle Sezioni semplici nel rispetto delle conclusioni accolte dalla Plenaria. Ma, soprattutto, come è agevole comprendere, essa rallenterebbe in termini oltremodo rischiosi l'acquisizione di una necessaria certezza sulla effettiva intangibilità processuale del quadro “costruito” dal Giudice amministrativo. Un quadro che, da più parti e sotto vari profili, è apparso come un'indebita invasione della sfera riservata al legislatore^[16].

4. Il confronto con il diritto UE

La lettura – e riletture – delle pronunce restituisce invero sempre più la triste impressione che, avvertendo la difficoltà della politica di trovare urgentemente una soluzione a un problema sicuramente serio e annoso, aggravato dalle vane e ripetute sollecitazioni delle istituzioni eurounitarie a un legislatore smaccatamente attendista, il Consiglio di Stato, con un'azione congiunta dei suoi organi supremi, abbia ingiustamente sacrificato il suo ruolo di giudice-interprete per privilegiare quello -proprio piuttosto della funzione consultiva- di “ausiliare” il legislatore in una congiuntura particolarmente difficile, fino ad assumere, in sua vece, posizioni e scelte di “opportunità” e di “equilibrio” nel contemperamento di diversi interessi, che sono appannaggio esclusivo della politica. Pur comprendendo la generosità del gesto – particolarmente importante

in un momento di grande sintonia tra i vertici nazionali e quelli dell'Unione – siffatto *modus operandi*, come già rilevato in altre occasioni^[17], non manca di destare serie perplessità.

Il percorso motivazionale delle sentenze non appare del resto lineare.

A cominciare dall'approccio al diritto UE.

La Plenaria muove dal richiamo alla citata sentenza 14 luglio 2016 della CGUE sul caso *Promoimpresa*, evidenziando (§ 12 delle sentenze) che essa ha affermato, in sintesi che

1) l'art. 12, §§ 1 e 2, della DS deve essere interpretato nel senso che essa osta a una misura nazionale 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;

l'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali in essere per attività turistico ricreative, *“nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo”* e, dichiarando di dividerla, ribadisce *“il principio secondo cui il diritto dell'Unione impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime (o lacuali o fluviali) avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica, con conseguente incompatibilità della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica ex lege fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere”*, ritenendolo evincibile sia dall'art 49 (e dall'art. 56) TFUE, che dal citato art. 12 della Direttiva 123/2006.

Sotto il primo profilo, richiamando peraltro soltanto la giurisprudenza UE in tema di appalti, la Plenaria afferma che *“l'interesse transfrontaliero certo consiste nella capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un'opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione anche attraverso il rilascio di provvedimenti che non portano alla conclusione di un contratto di appalto o di concessione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri”*. Senonché, per poter aprioristicamente sostenere la sussistenza di tale interesse per la totalità delle “concessioni balneari” (con buona pace del ritenuto difetto di legittimazione delle Associazioni di categoria), è costretta a fare un ulteriore salto logico, affermando che per queste ultime *“a venire in considerazione come strumento di guadagno offerto dalla p.a. non è il prezzo di una prestazione né il diritto di sfruttare economicamente un singolo servizio avente rilevanza economica. Al contrario degli appalti o delle concessioni di servizi, la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo”*, e facendo leva sull'eccessivo guadagno consentito ai concessionari (anche solo per effetto della combinazione tra la modestia del canone e la facoltà di subconcedere il bene a un prezzo più alto), per sostenere che, per evitare *“disparità di trattamento”* tra le diverse aree, *“non vi è dubbio che le spiagge italiane (così come le aree lacuali e fluviali) per conformazione, ubicazione geografica e attrazione turistica presentino tutte e nel loro insieme un interesse transfrontaliero certo, il che implica che la disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata si pone in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, in quanto è suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, a maggior ragione in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere”*.

L'argomento appare francamente forzato e dimostra, anzi, la debolezza della costruzione. L'interesse transfrontaliero certo richiesto per invocare la violazione del Trattato TFUE deve riguardare il singolo atto e non può essere evidentemente riferito a un insieme di situazioni e di rapporti con diversi soggetti. La stessa

sentenza *Promoimpresa* ricorda del resto che l'individuazione di tale interesse deve essere effettuata dal giudice del rinvio, “*tenendo conto in particolare della situazione geografica del bene e del valore economico*” della relativa concessione, tanto da dichiarare inammissibile la questione prospettata da un giudice che non aveva specificamente individuato la sussistenza di un siffatto interesse in relazione alla fattispecie controversa (§ 68). In termini ancor più evidenti, la lettera di contestazione della Commissione UE si era, come visto, limitata a rappresentare la “*possibilità di presumere*” la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo per “*almeno alcune*” delle concessioni in oggetto, senza affatto affermare un siffatto interesse per tutte quelle esistenti. Ogni eventuale dubbio a tale riguardo avrebbe dovuto dunque essere sottoposto alla CGUE, pena la sottrazione della questione al suo giudice naturale e la conseguente censurabilità della pronuncia per invasione della sfera ad esso riservata[18].

Non convince neppure, evidentemente, il richiamo all'esigenza di evitare disparità di trattamento tra le diverse aree. Tale disparità, legittimata dalla stessa Commissione, è invero perfettamente ragionevole e logica in considerazione proprio del diverso *appeal* del bene e della maggiore o minore disponibilità di analoghe risorse.

Evidentemente consapevole della debolezza dell'approccio, la Plenaria afferma infatti che “*l'obbligo di evidenza pubblica discende, comunque, dall'applicazione dell'art. 12 della c.d. direttiva 2006/123, che prescinde dal requisito dell'interesse transfrontaliero certo*”. Il problema si sposta però – e le sentenze ben lo comprendono – sulla riconducibilità delle concessioni *de quibus* all'ambito di applicazione di tale articolo e, questione di non poco momento, sull'idoneità della direttiva a esplicare un effetto diretto sui rapporti concessori in essere. L'*iter* argomentativo seguito a tale riguardo dal massimo Consesso della giustizia amministrativa si appoggia ancora una volta sulla richiamata sentenza *Promoimpresa* del 2016 (e a ben vedere, pur non evidenziandolo, sulla ricostruzione fattane nella lettera di contestazione del 2020). Anche sotto questo profilo, il ragionamento della Plenaria non appare tuttavia agevolmente condivisibile. È ben vero, infatti, che – nonostante, come anticipato, lo stesso Frits Bolkestein abbia espressamente escluso che la DS intendesse riferirsi anche alle concessioni di beni[19] – la giurisprudenza UE, anche recentemente, facendo leva sull'ampia definizione di “servizio” data dal suo art. 4.1, comprensiva di “*qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione*”, vi abbia specificamente ricondotto anche l’“*attività di locazione di un bene immobile [...], esercitata da una persona giuridica o da una persona fisica a titolo individuale*” (Corte di giustizia, Grande sezione, 22.9.2020, C-724/2018 e C-727/2018, § 34).

Il tema dei suoi effetti sulle proroghe *de quibus* è tuttavia molto più complesso.

Il primo possibile ostacolo individuato dalla sentenza *Promoimpresa* a una immediata e generalizzata eliminazione dal mondo giuridico delle proroghe *ex lege* delle concessioni balneari è invero rappresentato, come ha poi ricordato la stessa Plenaria, dalla condizione della scarsità della risorsa. Condizione che significativamente la CGUE, lungi dal ritenere

insita nel bene costiero, rimette di valutare, evidentemente di volta in volta, al giudice nazionale. Lascia, quindi, perplessi la valutazione svolta in modo generale e onnicomprensivo dalla Plenaria. Il Supremo Collegio ritiene invero di poter superare l'ostacolo riconosciuto dalla stessa CGUE richiamando dati non pubblici^[20] e riferiti, ancora una volta, alla situazione complessiva nazionale, oltre che al netto delle concessioni in proroga. Laddove la valutazione avrebbe dovuto, più coerentemente, essere operata, caso per caso, dal giudice delle singole fattispecie – anche alla luce del fatto, valorizzato dalla sentenza *Promoimpresa* (cfr. § 25 sentenze), che le concessioni sono rilasciate a livello comunale e non nazionale – e, possibilmente, all'esito di una attenta e puntuale ricognizione e pianificazione dell'uso delle coste, di cui significativamente il Governo ha ribadito la necessità, tanto che, per questa espressa ragione, ha nuovamente rinviato il riordino del sistema. Merita a tale proposito ancora una volta richiamare la lettera di contestazione del 2020: la Commissione non ha escluso *ex se* la necessità della prodromica ricognizione della situazione in essere (limitandosi a censurare le tempistiche previste dalla l. n. 145 del 2018), né ha affermato che tutte le aree demaniali destinabili a uso turistico-ricreativo sono “risorse scarse”, ma ha soltanto – affatto diversamente – rilevato che disposizioni della suddetta l. n. 145/2018 “*sono di natura generale e assoluta e non tengono conto né delle specificità locali (ad esempio non vi è alcuna disposizione che limiti tali proroghe alle zone in cui le risorse non sono limitate) né di eventuali valutazioni effettuate nel contesto delle attività di mappatura e di revisione svolte a norma dei commi 677 e 678*”. Come per l'interesse transfrontaliero, la Commissione ha dunque stigmatizzato il fatto che, attraverso una proroga generale indiscriminata, la legislazione nazionale in questione vi abbia inevitabilmente compreso anche concessioni aventi ad oggetto risorse che devono essere considerate scarse in base ai criteri stabiliti dall'art. 12 della DS e specificati nella sentenza della CGUE. La differenza rispetto a quanto affermato dalla Plenaria è plateale.

Anche sotto questo profilo, pertanto, il Supremo Collegio, qualora avesse nutrito dubbi al riguardo, avrebbe dovuto rivolgere uno specifico quesito alla Corte UE.

In ogni caso, non sembra pacifico che sussistano i presupposti per parlare di violazione di una “*direttiva self executing*”. Innanzitutto, perché la Direttiva Servizi è stata specificamente recepita dal nostro legislatore con il d.lgs. n. 59 del 2010, che, all'art. 16, riprendendo testualmente i contenuti dell'art. 12 DS, impone alle autorità competenti al rilascio di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi, limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, di applicare “*una procedura di selezione tra i candidati potenziali e assicurare la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi*”. Aggiunge però, in linea col co. 3 dello stesso art. 12, che “*Nel fissare le regole della procedura di selezione le autorità competenti possono tenere conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario*”.

In secondo luogo, perché, nonostante gli abili sforzi del Collegio

giudicante per affermarlo, si potrebbe obiettare che la Direttiva, richiedendo comunque un intervento del legislatore, non abbia quel livello di dettaglio e di

specificità necessario ai fini della sua diretta applicabilità e difatti, significativamente, nella sentenza *Promoimpresa* non vi è alcuna affermazione in tal senso e, come visto, la Commissione censura la l. n. 145 del 2018 anche perché, non fissando alcun “*criterio specifico e oggettivo*” per l’affidamento delle nuove concessioni e non prevedendo “*alcuna procedura, in particolare per quanto concerne l’obbligo di assicurare una procedura di selezione tra i candidati potenziali che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e preveda, in particolare, un’adeguata pubblicità dell’avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*”, non permettono in pratica di assicurare che esse siano assegnate in conformità ai detti principi. La Plenaria supera l’impasse osservando che “*il livello di dettaglio che una direttiva deve possedere per potersi considerare self-executing dipende dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato*”, sicché, nella specie, esso sarebbe rinvenibile nella chiarezza dell’obiettivo – apertura al mercato dei servizi – e nella correlata imposizione di “*una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità*”, che, pur in assenza di una specifica declinazione di tali principi, le amministrazioni concedenti potrebbero (e dovrebbero) autonomamente costruire per porre fine al sistema privilegiato delle proroghe (§ 26 sentenze).

L’imprescindibilità di un intervento legislativo, più volte sottolineata anche dalla Commissione, è tuttavia dimostrata dagli stessi successivi passaggi delle sentenze in commento, laddove si fa riferimento alla possibilità/opportunità di consentire la proroga delle concessioni in essere quando ciò sia finalizzato alla tutela di interessi culturali, sociali, ecc., e alla necessità di prevedere meccanismi idonei in qualche modo a tutelare le posizioni dei gestori uscenti, ma anche – e, si può dire, soprattutto – laddove, dopo aver nettamente dichiarato che gli atti di proroga adottati in attuazione di leggi in tesi inapplicabili devono ritenersi *tamquam non essent*, dilazionano di due anni tale “inesistenza” sulla scorta di una valutazione di “congruità” del tempo necessario per disciplinare, allestire e concludere le nuove gare.

Meglio sarebbe stato allora forse reinterrogare in modo più puntuale la Corte di Giustizia, anche sotto il profilo della possibilità di riconoscere effetti diretti verticali “inversi” della Direttiva al fine di consentire all’amministrazione di applicare immediatamente le sue disposizioni nei confronti dei concessionari.

Ancora meglio, tuttavia, sarebbe stato portare un tema così delicato alla Corte costituzionale, sollevando una questione di legittimità costituzionale delle leggi di proroga per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. in riferimento all’art. 12 della DS quale parametro interposto di costituzionalità.

Così facendo, si sarebbe correttamente rimessa al Giudice delle leggi la scelta – naturalmente sempre previo eventuale rinvio alla Corte di Giustizia – se dichiarare incostituzionali le leggi di proroga per contrasto con un diritto UE privo di effetti diretti (e la sentenza costituzionale, in questo caso, avrebbe potuto sospendere il giudizio in attesa dei chiarimenti della Corte di Giustizia o al limite prevedere anche un differimento dei suoi effetti temporali); oppure – qualora la DS fosse stata ritenuta dotata di effetti diretti – valutare l’esistenza di possibili “controlimiti” all’ingresso della norma europea nell’ordinamento italiano.

Le sentenze sembrano però tradire, a ben vedere, un interesse di fondo diverso da quello del mero rispetto del primato del diritto UE, che nulla ha a che vedere con questo e che, ancora una volta, introduce un elemento eccentrico rispetto al ruolo del giudice: l'esigenza di un migliore sfruttamento del patrimonio nazionale costiero *“e una correlata offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza”* per *“contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita”* (§ 27 sentenze). Così come, del resto, è eccentrica l'affermazione, nella lettera di messa in mora della Commissione, che, attraverso le proroghe delle concessioni costiere in essere, *“l'attuale legislazione italiana impedisce, piuttosto che incoraggiare, la modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano”*. Se è vero, infatti, come è vero, che la Direttiva Bolkestein si occupa soltanto di liberalizzazione delle attività economiche, e, solo in questi limiti, anche di quelle turistiche, la considerazione è totalmente fuori luogo e dovrà essere, se mai, riproposta nel quadro di una normativa di armonizzazione della disciplina di tutte le attività turistiche all'interno dell'Unione. Normativa che, per quanto concerne le autorizzazioni contingentate, dovrà però tenere conto anche dei regimi adottati dagli altri Stati in ordine alla gestione di tutti i beni pubblici utilizzati da terzi per l'esercizio di attività economiche.

Il richiamato § 27 delle sentenze rivela, inoltre, un probabile equivoco di fondo, che potrebbe avere sviato l'intero ragionamento del Supremo Giudice amministrativo, laddove afferma che *“il confronto “è estremamente prezioso per garantire ai cittadini (...) una correlata offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza”*. L'abbaglio è evidente e trova espressa conferma nell'art. 01 del d.l. n. 400 del 1993, che, come visto, tiene espressamente distinte le concessioni per finalità turistico-ricreative da quelle *“per servizi pubblici”* (il che rende inapplicabili alle prime i principi e le regole delle concessioni finalizzate alla gestione di tali servizi e, per l'effetto, lascia privo delle necessarie specifiche regole il relativo affidamento). Senza dimenticare che la DS non trova applicazione ai servizi pubblici, sicché, se il riferimento a questi ultimi fosse convinto, il richiamo a tale Direttiva sarebbe improprio. Mentre, se, come è verosimile, è il riferimento a essere *“improprio”*, le ragioni di interesse generale sulle quali la Plenaria fonda la necessità di un confronto competitivo generalizzato si indeboliscono, vedendo rafforzare l'esigenza di investire della questione la Corte costituzionale, per una ponderata valutazione dei possibili *“controlimiti”* all'indiscriminato cedimento dei valori del nostro patrimonio costiero al diritto della concorrenza.

5. Gli effetti del rilevato contrasto con il diritto UE

Con buona pace dei principi di certezza del diritto, ci troviamo quindi di fronte a pronunce che, per un verso, mentre ribadiscono che gli atti amministrativi in contrasto con il diritto UE sono semplicemente annullabili, subito dopo – per sfuggire ai limiti temporali dell'autotutela caducatoria stabiliti dall'art. 21-*nomies* l. n. 241/1990 s.m.i. – muovendo da presupposti, come visto, a loro volta incerti, affermano con nettezza che le proroghe disposte dalle singole amministrazioni mediante il richiamo alle leggi del 2018 e del 2020 non sarebbero espressione di un potere amministrativo, ma atti meramente ricognitivi, i quali, stante il contrasto delle suddette leggi con norme UE a effetto diretto (da cui l'obbligo di tutte le autorità nazionali di non applicarle^[21]), devono ritenersi

addirittura *tamquam non essent*, e, per l'altro verso, consapevoli dell'ingestibilità degli effetti di una tale deflagrante affermazione, statuiscono (*recte* dispongono), attraverso una inedita e poco convincente analogia con la graduazione degli effetti dell'annullamento di un atto illegittimo, che l'operatività degli effetti delle decisioni assunte deve essere rinviata di un biennio, come se il "fatto" dell'inesistenza *ab imis* di tali atti potesse essere artificiosamente sospeso fino al 1° gennaio del 2024 (!).

È però agevole obiettare che, diversamente dal caso dell'annullamento di un provvedimento, che incide, sia pure con effetto *ex tunc*, sulla sua validità – tanto che il provvedimento, fino a che viene annullato, è valido ed efficace – un atto qualificato *ab origine tamquam non esset*, perché meramente ricognitivo di una legge a sua volta *ab origine* inapplicabile, non può acquistare efficacia in virtù di una sentenza, tanto più se è proprio quella che dichiara l'inapplicabilità della legge che ne è il fondamento. Non solo.

Per soccorrere il legislatore, le sentenze incorrono anche in una contraddizione che non pare superabile: se il primato del diritto UE e la pretesa valenza autoapplicativa della Direttiva 123/2006 ostano all'applicazione delle leggi nazionali di proroga e gli atti amministrativi che le richiamano devono per l'effetto davvero essere considerati *tamquam non essent*, le sentenze che ne affermano comunque l'efficacia fino al 31 dicembre 2023 finiscono, in sostanza, esse stesse per disporre, in via giurisdizionale, la medesima proroga generalizzata e indiscriminata delle vigenti concessioni che hanno ritenuto incompatibile con il diritto UE. E, dunque, proprio in forza del ragionamento svolto, dovrebbero essere a loro volta disapplicate dalle amministrazioni e dagli altri giudici.

Non è difficile immaginare la confusione che ne conseguirà.

Si è già detto che le sentenze (o comunque quelle, a partire dalle pronunce sui giudizi *a quibus*, vi si adegueranno) potrebbero essere impugnate dinanzi alla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost., per eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore e/o della Corte di Giustizia e/o ancora della Corte costituzionale.

Ma, anche senza considerare tali evenienze, i contenziosi che ne seguiranno saranno verosimilmente numerosi.

Le singole amministrazioni concedenti dovrebbero, secondo la Plenaria, "comunicarne" l'esito ai concessionari in proroga, i quali, verosimilmente, attiveranno autonomi giudizi per difendere le proprie posizioni, prospettando presumibilmente in quelle sedi questioni di compatibilità costituzionale ed eurounitaria. L'espressa esclusione di ogni potere amministrativo potrebbe peraltro creare, nonostante la materia sia affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche dubbi sulla giurisdizione.

Le amministrazioni che hanno già avviato procedure di evidenza pubblica, qualora non ritenessero di disapplicare le sentenze, dovrebbero confermare l'operatività delle proroghe fino al 31 dicembre 2023; e verosimilmente saranno destinatarie di azioni risarcitorie da parte dei concessionari non prorogati.

Ma, soprattutto, non mancheranno le azioni risarcitorie contro le amministrazioni concedenti e contro lo stesso Stato (in forma di giudice o di legislatore[22]) per aver creato un affidamento nella stabilità del titolo. Proprio l'investitura della Plenaria e il suo contorto esito escludono invero che la situazione antiggiuridica da essa riscontrata – ma significativamente confermata per un ulteriore biennio – fosse immediatamente percepibile ai concessionari[23], che, all'opposto, avevano pieno titolo per sentirsi rassicurati dai ripetuti interventi del legislatore (dal 2009 al 2020), dalle proroghe amministrative e, in vari casi, anche da appositi giudicati e/o dal decorso del tempo per l'esercizio del potere di autoannullamento che la stessa Plenaria ha confermato essere di norma lo strumento per la rimozione degli atti anticomunitari. Sicché, per poter essere edotti della pretesa inconsistenza delle proroghe amministrative, i concessionari, non solo avrebbero dovuto essere esperti di diritto eurounitario, ma avrebbero dovuto addirittura avere coscienza che esse non avevano valenza provvedimentale, ma meramente ricognitiva e che, per tale ragione, dovevano ritenersi sottratte ai limiti dell'autotutela e alle garanzie dell'inoppugnabilità[24].

È del pari prevedibile l'avvio di un intenso contenzioso civile (con conseguenti eccezioni di illegittimità costituzionale e incompatibilità eurounitaria) tra coloro che abbiano eventualmente stipulato atti di trasferimento o di subconcessione, con possibile chiamata in causa delle stesse amministrazioni concedenti.

Nonostante le “rassicurazioni” fornite dalla Plenaria, le sentenze potranno poi avere riflessi di carattere penale. Come dimostrato dalle considerazioni svolte dal GIP del Tribunale di Genova sull'istanza di revoca del sequestro dei “Bagni Liggia”[25], infatti, è innegabile che le sentenze daranno forza all'orientamento più rigoroso già manifestato dalla Corte di Cassazione sul carattere abusivo delle occupazioni fondate sulle proroghe *ex lege*, in ragione del relativo contrasto con il diritto UE[26]. Evidenzia infatti il Giudice, richiamando le parole della Suprema Corte penale, che, contrariamente a quanto affermato dal Consiglio di Stato, con riferimento all'operazione di disapplicazione di una norma anticomunitaria, non può “*porsi una questione di applicazione in malam partem della normativa comunitaria, non potendosi ipotizzare né una violazione del principio di legalità, non vertendosi l'ipotesi di introduzione di una fattispecie criminosa non prevista, né di tassatività, essendo la norma penale incriminatrice completa nei suoi aspetti essenziali*”; sicché, come si legge nel medesimo provvedimento, le decisioni assunte dalla Plenaria, lungi dall'essere irrilevanti ai fini penali, contribuiscono, con il loro “*autorevole avallo*” a confermare “*l'esistenza dell'elemento oggettivo del reato*”. E non si può purtroppo escludere il rischio che, dopo le lapidarie affermazioni di tali pronunce, i giudici penali ritengano che la *factio* del “rinvio” al 31 dicembre 2023 dell'operatività dei relativi effetti non sia sufficiente a riconoscere l'assenza dell'elemento soggettivo di un illecito che, anche per la stessa Plenaria, è già in atto da molti anni.

Da ultimo, ma assolutamente non ultimo, c'è poi sicuramente da attendersi un vasto e acceso contenzioso sulle modalità e sulle procedure di selezione dei nuovi concessionari, che, nonostante l'imprescindibilità di una disciplina unitaria a livello nazionale (ai sensi dell'art. 117, comma 1, lett. e, Cost.), sintomaticamente rilevata, come visto, anche dalla Commissione UE nella lettera di contestazione del 2020, la Plenaria sembra imporre di fatto alle singole amministrazioni di avviare (e concludere) entro il 31 dicembre 2023.

Dopo avere (in tesi) legittimato le proroghe di un ulteriore biennio, il Collegio afferma infatti, che *“scaduto tale termine, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente da se vi sia –o meno– un soggetto subentrante nella concessione”* e, utilizzando lo schema delle sentenze “monito” della Corte costituzionale, aggiunge con assoluta nettezza che *“si precisa sin da ora che eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a eludere gli obblighi comunitari) 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, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, tamquam non esset le concessioni in essere”*.

Ma *quid iuris* nell’ipotesi, che la storia vede tutt’altro che improbabile, di ulteriore inerzia del legislatore? Potrà il fardello gravare interamente sulle amministrazioni, demandandosi così di fatto a queste ultime, con le scarse indicazioni date nel § 49 delle sentenze in un ennesimo, indebito, slancio “paranormativo”, anche l’individuazione delle possibili eccezioni per superiori ragioni di interesse pubblico e di misure idonee a tutelare in qualche modo (ma non troppo) le posizioni dei concessionari uscenti. Senza soffermarmi sugli altri profili, limitandomi allo spinoso tema dell’indennizzo, merita segnalare che la Plenaria afferma, tra l’altro, testualmente che *“l’indizione di procedure competitive per l’assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l’affidamento degli stessi”*. Ma trascura evidentemente che, in mancanza di diverse norme primarie, la disposizione applicabile è l’art. 42 c. nav. (cui la Plenaria non fa alcun cenno), il quale prevede la corresponsione di un indennizzo soltanto nel caso, evidentemente diverso da quello configurato dalle sentenze in commento (concessioni scadute per proroghe *tamquam non essent*), in cui sia stata disposta una revoca anticipata della concessione e soltanto qualora questa abbia *“dato luogo a costruzione di opere stabili”*, con la precisazione che, salvo che non sia diversamente stabilito, l’indennizzo è *“pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato”* e che, in ogni caso, esso *“non può essere superiore al valore delle opere al momento della revoca, detratto l’ammontare degli effettuati ammortamenti”*.

Lo stesso codice della navigazione aggiunge peraltro, all’art. 49, parimenti non considerato dalle sentenze, che *“Salvo che sia diversamente stabilito nell’atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell’autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato. In quest’ultimo caso, l’amministrazione, ove il concessionario non esegua l’ordine di demolizione, può provvedervi a termini dell’articolo 54”*.

Mentre è indubbio che i concessionari uscenti che, confidando nelle proroghe, hanno continuato a investire le proprie risorse (economiche e personali) nelle imprese e nelle attività svolte sulle aree in concessione, dovranno essere, quanto meno, adeguatamente indennizzati, non soltanto per gli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati (condizione sulla cui ricorrenza si apriranno ulteriori contenziosi), ma anche per l’avviamento aziendale di cui i nuovi gestori potranno fruire.

Quanto alla peculiarità delle diverse situazioni e agli interessi pubblici che giustificano la sottrazione di alcune concessioni alle regole della concorrenza, è agevole, innanzitutto

pensare a quelli di carattere sociale (tipico l'esempio delle aree attrezzate per le colonie) o di carattere storico-culturale (in analogia a quanto ritenuto per i ristoranti "Savini", "Gatto rosso" e "Il salotto" all'interno della Galleria Vittorio Emanuele II di Milano^[27]), ma anche a luoghi di particolare pregio paesaggistico e/o rilevanza ambientale, strettamente legati nella tradizione all'identità di una specifica comunità territoriale.

Il problema dei problemi, come ben evidenziato dalla Commissione UE nella lettera di messa in mora 2020, è comunque quello della definizione dei requisiti e delle regole della procedura. L'espressa esclusione delle concessioni di beni dall'ambito di applicazione della Direttiva sulle concessioni di servizi pubblici, in una con la altrettanto espressa distinzione tra le concessioni di aree demaniali per finalità turistico-ricreative e le concessioni di servizi pubblici tracciata dall'art. 01 del d.l. n. 400 del 1993 (significativamente richiamata anche nella lettera di messa in mora del 2020) non consentono di utilizzare *sic et simpliciter* i criteri e le regole procedurali stabiliti per tali concessioni. Né può dicitò indurre in tal senso il riferimento, evidentemente atecnico, ai "servizi pubblici", contenuto nel § 27 delle sentenze. E tanto meno può essere rimessa all'autonomia (e alla fantasia) delle singole amministrazioni comunali la fissazione di tali criteri e regole, a rischio di creare una vera e propria Babele. *Quid iuris*, allora, se il 31 dicembre 2023 non saranno stati ancora individuati nuovi concessionari? Varrà, verosimilmente, la regola generale che impone al concessionario uscente di garantire la gestione del bene fino al subentro del nuovo gestore. Ma quale gestore continuerà a investire senza alcuna certezza sulle sorti di tali investimenti?

Il rischio, dunque, è che il Consiglio di Stato, per "soccorrere" il legislatore, abbia inferto un altro duro colpo alla sicurezza giuridica e all'economia del nostro Paese.

*L'articolo riproduce la introduzione al fascicolo monotematico dalla Rivista Diritto e Società n. 3/2021 "La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria" ed è destinato agli Scritti in onore di Maria Immordino, in corso di pubblicazione.

[1] Per un primo commento sulle sentenze, v. E. CANNIZZARO, Demanio marittimo. Effetti in *malam partem* di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato; F.P. BELLO, Prmissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, entrambi in Giustizainsieme.it, 2021 e M. TIMO, Concessioni balneari senza gara... all'ultima spiaggia, in Riv. giur. edil., n. 5/2021 e ivi ulteriori richiami.

[2] La bibliografia sul tema è vastissima. Si segnalano quindi, per tutti, senza pretesa di esaustività, i lavori monografici di A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli 2018 e di M. TIMO, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020 e i lavori ivi richiamati; F. CAPELLI, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli 2021; nonché, oltre allo scritto di B. CARAVITA DI TORITTO, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, pubblicato in *federalismi.it*, n. 20/2021 (che si ripubblica in questo fascicolo in memoria dell'illustre condirettore), i contributi raccolti nel volume a cura di A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, 7, Napoli 2021 e, con specifico riferimento al decreto con cui il Presidente del Consiglio di Stato ha richiesto l'intervento dell'Adunanza plenaria, R. DIPACE, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative*, in *Giustizainsieme.it*. 2021.

[3] Fonte: Unioncamere.

[4] Procedura di infrazione 2020/4118 C (2020) 7826 final, Bruxelles, 3 dicembre 2020.

[5] In particolare, l'Autorità ha osservato che, nei mercati in cui, in ragione delle specifiche caratteristiche oggettive delle attività tecniche, economiche e finanziarie, esiste un'esclusiva, o sono ammessi a operare un numero limitato di soggetti, l'affidamento delle concessioni deve comunque avvenire mediante procedure concorsuali trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza, connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario. Con conseguente obbligo di disapplicare la normativa interna, che viola i principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere (*ex multis*, AS1701 del 28 luglio 2020, Comune di Piombino, AS1712 del 1 dicembre 2020, Comune di Castiglione della Pescaia, AS1719 del 9 dicembre 2020, Comune di Castellabate. Cfr. anche AS1684 del 7 luglio 2020, *Osservazioni in merito al alle disposizioni contenute nel Decreto Rilancio*).

[6] Cfr. la *Segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della l. n. 287 del 1990 in merito a Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza Anno 2021*, 45 s.

[7] *Inter alia, Demanio e mare: il problema delle concessioni alla luce dell'adunanza plenaria*, organizzato dall'Università della Calabria il 22 novembre 2021, e *Diritto dell'Unione Europea e concessioni balneari alla luce delle recenti sentenze dell'Adunanza Plenaria*, organizzato dall'Università degli studi di Napoli Federico II il 20 dicembre 2021, cui *adde* la Relazione tenuta sul tema da G. MORBIDELLI al convegno IGI del 14 dicembre 2021.

[8] Art. 18 – Pubblicazione della domanda 1. Quando si tratti di concessioni di particolare importanza per l'entità o per lo scopo, il capo del compartimento ordina la pubblicazione della domanda mediante affissione nell'albo del comune ove è situato il bene richiesto e la inserzione della domanda per estratto nel Foglio degli annunci legali della provincia.

2. Il provvedimento del capo del compartimento che ordina la pubblicazione della domanda deve contenere un sunto, indicare i giorni dell'inizio e della fine della pubblicazione ed invitare tutti coloro che possono avervi interesse a presentare entro il termine indicato nel provvedimento stesso le osservazioni che credano opportune.

3. In caso di opposizione o di presentazione di reclami la decisione spetta al ministro dei trasporti e della navigazione.

4. In ogni caso non si può procedere alla stipulazione dell'atto se non dopo la scadenza del termine indicato nel provvedimento per la presentazione delle osservazioni e se, comunque, non siano trascorsi almeno venti giorni dalla data dell'affissione e dell'inserzione della domanda.

5. Nei casi in cui la domanda di concessione sia pubblicata, le domande concorrenti debbono essere presentate nel termine previsto per la proposizione delle opposizioni.

6. Il ministro dei trasporti e della navigazione può autorizzare l'esame delle domande presentate anche oltre detto termine per imprescindibili esigenze di interesse pubblico.

7. Quando siano trascorsi sei mesi dalla scadenza del termine massimo per la presentazione delle domande concorrenti senza che sia stata rilasciata la concessione al richiedente preferito per fatto da addebitarsi allo stesso, possono essere prese in considerazione le domande presentate dopo detto termine.

8. Le disposizioni del presente articolo si applicano in ogni altro caso di presentazione di domande concorrenti.

Il successivo art. 19 del Regolamento individua il "contenuto dell'atto di concessione", precisando che:

- Nell'atto di concessione devono essere indicati:

- l'ubicazione, l'estensione e i confini del bene oggetto della concessione;

- lo scopo e la durata della concessione;

3) la natura, la forma, le dimensioni, la struttura delle opere da eseguire e i termini assegnati per tale esecuzione;

4) le modalità di esercizio della concessione e i periodi di sospensione dell'esercizio eventualmente consentiti;

- 5) il canone, la decorrenza e la scadenza dei pagamenti, nonché il numero di rate del canone il cui omesso pagamento importi la decadenza della concessione a termini dell'articolo 47 del codice;
- 6) la cauzione;
- 7) le condizioni particolari alle quali è sottoposta la concessione, comprese le tariffe per l'uso da parte di terzi;
- 8) il domicilio del concessionario.
2. Agli atti di concessione devono essere allegati la relazione tecnica, i piani e gli altri disegni.
3. Nelle licenze sono omesse le indicazioni che non siano necessarie in relazione alla minore entità della concessione.

[9] Si rinvia, in proposito, allo studio del Parlamento europeo, *Concessioni balneari in Italia e Direttiva 2006/123/EC, nel contesto europeo*, Bruxelles, 2017 e agli Studi della Camera dei Deputati su *Le concessioni demaniali marittime in Croazia, Francia, Grecia, Portogallo e Spagna*, Info aggiornate all'8 marzo 2018.

[10] Cfr. E. AJMAR, P. MAFFEI, *Concessioni balneari: si naviga a vista. Uno studio di caso*, in *federalismi.it*, n. 18/2020. Il discorso integrale di Frits Bolkestein, dal titolo "*Convegno. L'Europa, l'Europa e la Bolkestein spiegate da Mr. Bolkestein*" e registrato da Radio Radicale a Roma il 18 aprile 2018, è disponibile sul sito www.radioradicale.it.

[11] Si affidava a un apposito dPCM da emanare entro 120 giorni, di fissare i termini, le modalità e le condizioni per procedere: alla ricognizione e mappatura del litorale e del demanio costiero-marittimo; all'individuazione della reale consistenza dello stato dei luoghi, della tipologia e del numero di concessioni attualmente vigenti nonché delle aree libere o concedibili; all'individuazione della tipologia e del numero di imprese concessionarie o sub-concessionarie; alla ricognizione degli investimenti effettuati nell'ambito delle concessioni stesse e delle tempistiche di ammortamento connesse, nonché dei canoni attualmente applicati in relazione alle diverse concessioni; all'approvazione dei metodi, degli indirizzi generali e dei criteri per la programmazione dell'uso delle coste; all'individuazione di un nuovo modello di gestione delle imprese turistico-ricreative che operano sul demanio marittimo secondo schemi e forme di partenariato pubblico-privato, nonché di un sistema di rating delle imprese che svolgono tali attività; alla revisione organica delle norme connesse alle concessioni demaniali marittime contenute nel codice della navigazione o in leggi speciali in materia; al riordino delle concessioni demaniali marittime ad uso residenziale ed abitativo; alla revisione e all'aggiornamento dei canoni demaniali posti a carico dei concessionari.

Le amministrazioni competenti, individuate dal medesimo dPCM, avrebbero dovuto provvedere, entro due anni, all'esecuzione delle attività ivi previste. Nessun dPCM è stato però emanato.

[12] *Inter alia*, Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874, ma, già sulla proroga del 2016, Sez. V, 5 marzo 2018 n. 1342. La stessa sez. V del Cons. di Stato, con le sentenze dalla n. 7251 alla 7258 del 2019, in una serie di contenziosi identici in cui si contestava l'avvio da parte di un comune di procedure di evidenza pubblica per la concessione di beni demaniali marittimi, ha tuttavia dichiarato "l'improcedibilità" degli appelli promossi dal comune per l'intervenuta l. n. 145/2018.

[13] A. GIUZIO, *Balneari, Pasca: "Inammissibile negare proroga al 2033, urge riforma concessioni"*, in *MondoBalneare.com*, 2021 e, tra le diverse pronunce, la sentenza 27 novembre 2020, n. 895.

[14] A fronte di diverse sentenze che hanno ribadito la necessità di disapplicazione delle proroghe *ex lege* – tra cui TAR Campania, Sez. Salerno, 29 gennaio 2021, n. 265 e TAR Sicilia, Sez. Catania, 15 febbraio, 2021 n. 504 – il TAR Lecce ha continuato ad esempio a sostenere la sua posizione (cfr. la sentenza n. 603 del 2021).

[15] Sentenze 16 novembre 1983, *Thyssen AG c. Commissione*, C-188/82, ECLI:EU:C:1983:329, § 11; 6 febbraio 1986, *Vlachou c. Corte dei conti*, C-162/84, ECLI:EU:C:1986:56, § 6; 20 settembre 1990, *Commissione c. Germania*, C-5/89, ECLI:EU:C:1990:320, § 14; 7 giugno 2005, *VEMW*, C-17/03, ECLI:EU:C:2005:362, §§ 73-74; 24 novembre 2005, *Germania/Commissione*, C-506/03, ECLI:EU:C:2005:715,

§ 58; 16 dicembre 2010, *Kabla Thüringen Porzellan/Kabla Thüringen Porzellan/Commissione*, C-537/08, ECLI:EU:C:2010:769, § 63; 14 ottobre 2010, *Nuova Agricast e Cofra/Commissione*, C-67/09, ECLI:EU:C:2010:607, § 71 ss.

[16] Sulla ritrosia della Corte di cassazione a riscontrare in concreto tale vizio, pur ripetutamente riconosciuto in astratto, sia consentito il rinvio a M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustiziansieme.it*, 2020.

[17] Da ultimo, *La "risorsa" del giudice amministrativo in Questione giustizia*, n. 1/2021 e, *ivi* ulteriori richiami.

[18] Non è questa la sede per addentrarsi nella disamina della sentenza CGUE del 21 dicembre scorso sul caso *Randstad Italia*, ma si segnala che la Grande Sezione non si è pronunciata sul secondo quesito, con il quale la Cassazione le chiedeva di chiarire “*se gli artt. 4, 19 TUE e 267 TFUE, ostino all’interpretazione ed applicazione degli artt. 111 Cost., 360 e 362 c.p.c. e 110 c.p.a., secondo cui il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per motivi inerenti alla giurisdizione, sotto il profilo del c.d. difetto di potere giurisdizionale, non sia proponibile come mezzo di impugnazione di sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo su questioni disciplinate dal diritto dell’Unione Europea, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, con l’effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario e di pregiudicare l’uniforme applicazione e l’effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive tutelate dal diritto dell’Unione*”.

[19] 19 Si v. anche C. FOTINA, *Bolkestein: «La direttiva non si applica agli stabilimenti balneari»*, in *Il Sole 24 ore*, 18 aprile 2018.

[20] Si parla genericamente di “*dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture*”.

[21] Nel senso che anche gli organi amministrativi sono giuridicamente tenuti a disapplicare le disposizioni nazionali in contrasto con la normativa europea di dettaglio immediatamente applicabile, nell’interpretazione datane dalla Corte di Giustizia, cfr. già le sentenze CGUE 22 giugno 1989 (*Fratelli Costanzo*) e C. cost. n. 389 del 1989.

[22] Sulla responsabilità dello Stato legislatore, M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La responsabilità dello Stato-Legislatore e l’attività amministrativa*, Napoli 2019.

[23] Come richiesto dalla stessa Adunanza plenaria con la sentenza n. 20 del 2021 per configurare un concorso di colpa del beneficiario di un atto o comportamento illegittimo a lui favorevole.

[24] Sono molto utili, in tal senso, le considerazioni svolte dal GIP del Tribunale di Genova nel provvedimento del 3 dicembre 2021, di revoca del sequestro dei “*Bagni Ligia*”.

[25] Provvedimento 3 dicembre 2021, di revoca del sequestro.

[26] *Inter alia*, sent. 25993 del 2019 e le altre sentenze citate nel menzionato provvedimento di dissequestro.

[27] Cfr. C. Stato, Sez. V, 3 settembre 2018 n. 5157 (redatta dallo stesso estensore della sentenza n. 18).

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2253 – 23 marzo 2022

Osservazioni sulle sanzioni amministrative (a proposito della confisca “urbanistica”)

di Franco Gaetano Scoca

Sommario: 1. *Sulla nozione di sanzione amministrativa.* – 2. *La confisca come sanzione amministrativa.* – 3. *Applicabilità della confisca in caso di mancata condanna penale.* – 4. *Il dibattito tra Corti interne e Corte EDU.* – 5. *I terzi acquirenti degli immobili.* – 6. *Sulla proporzionalità della sanzione.* – 7. *Sulla unicità e automaticità della sanzione.* – 8. *Sulla idoneità della confisca a soddisfare gli interessi urbanistici.* – 9. *Confisca e provvedimento di acquisizione al patrimonio del Comune.* – 10. *Inconvenienti derivanti dalla attribuzione al giudice penale dell'applicazione di sanzioni amministrative.*

1. Sulla nozione di sanzione amministrativa

Il dibattito a più voci che si è intrecciato tra Corti nazionali e Corte EDU sulla natura e sulle caratteristiche della c.d. confisca urbanistica, prevista come sanzione per la lottizzazione abusiva, costituisce un proficuo materiale di riflessione per approfondire la nozione di sanzione amministrativa.

Il primo quesito che si pone riguarda la natura della sanzione: quand'è, in base a quale elemento caratteristico, una sanzione può considerarsi amministrativa? Una sanzione, proprio perché tale, è un atto punitivo, una “pena” secondo il linguaggio della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Si potrebbe risolvere il problema in modo semplicissimo: sanzione amministrativa è quella che viene comminata da autorità amministrative. Ma questa è, a mio avviso, una soluzione inappagante, perché collega la natura amministrativa della sanzione ad un elemento ad essa estrinseco, la natura del soggetto che la applica.

A me sembra che la funzione meramente punitiva non sia, di per sé, identificabile con la (sia pure multiforme) funzione amministrativa. Di certo possono esserci sanzioni attribuite alla competenza di autorità amministrative che hanno soltanto scopi punitivi; ma esse restano soltanto “pene”, non possono considerarsi a pieno titolo sanzioni amministrative. La mia convinzione è che, per poterla qualificare in senso proprio amministrativa, una sanzione, pur non perdendo il suo carattere punitivo, deve rispondere ad un interesse pubblico diverso da quello della mera reazione ad un illecito, un interesse che sia in cura all’amministrazione che la irroga.

La confisca urbanistica^[1] si presta assai bene alla illustrazione di questa tesi, sia perché la sua natura è controversa, ritenendo le Corti interne prevalentemente che abbia natura amministrativa e ritenendo la Corte convenzionale che abbia natura penale; sia perché di essa sono stati messi in dubbio, e sono poi stati approfonditi, i requisiti che la caratterizzano come pena e i requisiti che la caratterizzano come sanzione amministrativa, meglio come atto amministrativo; sia infine perché essa ha i medesimi effetti (o il medesimo risultato) dell’acquisizione di diritto al patrimonio disponibile del Comune^[2], ma non ne ha, secondo il diritto vivente, la medesima disciplina.

2. La confisca come sanzione amministrativa

Conviene, dunque, ripercorrere il corposo, articolato ed interessante dibattito giurisprudenziale svoltosi in ordine alla confisca urbanistica^[3].

Unanime è il riconoscimento che la confisca risponde ad un interesse pubblico ulteriore rispetto alla punizione dell’illecito: tale interesse ulteriore è visto, volta a volta, come interesse alla trasformazione controllata del territorio, ossia secondo le previsioni degli strumenti urbanistici e paesaggistici o, ancora, come interesse alla salvaguardia della stessa funzione pianificatoria e della sua riserva all’autorità comunale^[4].

In ordine alla natura della sanzione, nel diritto interno si è consolidata, nella giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, almeno dagli anni novanta del secolo scorso^[5], la tesi che si tratti di sanzione amministrativa; e tale tesi è stata mantenuta ferma anche dopo che la Corte di Strasburgo ha prima affermato e poi ribadito che trattasi di sanzione penale^[6]. Sembra – occorre aggiungere – che la giurisprudenza del Consiglio di Stato propenda ancora oggi per la natura penale della confisca e la tenga decisamente distinta, per questa sua natura, dalla acquisizione coattiva dei beni lottizzati, a cui riconosce natura amministrativa^[7].

A ben vedere la questione della natura della sanzione (amministrativa o penale) ha perso di importanza, una volta acclarato il carattere punitivo della stessa e la sua inclusione, come “pena”, nella sfera di applicazione dell’art. 7 della Convenzione^[8].

Dalla lunga e corale elaborazione giurisprudenziale risulta un quadro disciplinare solo apparentemente coerente: la confisca si presenta nel diritto interno come una sanzione amministrativa erogata dal giudice penale^[9]; ma, come si vedrà, il quadro disciplinare di tale sanzione è cosparso di incertezze, forse anche di contraddizioni e provoca tuttora orientamenti giurisprudenziali incoerenti. L’impressione è che la giurisprudenza interna non

abbia ancora del tutto “digerito” gli stimoli provenienti da Strasburgo e alterni tentativi di minimizzarne la portata a posizioni di pieno accoglimento.

Già la circostanza che una sanzione (riconosciuta come) amministrativa sia inflitta dal giudice penale comporta perplessità e problemi: sia che si ritenga che il giudice penale agisca in luogo dell'amministrazione, ossia esercitando in via sostitutiva un potere amministrativo^[10], sia che si accolga l'opinione della Grande Camera che il giudice penale agisca con potere proprio, non è dubbio, secondo la giurisprudenza, che “una volta che la condanna penale sia divenuta definitiva, la confisca non può essere revocata, nemmeno in caso di successiva sanatoria della lottizzazione da parte dell'autorità amministrativa”^[11]. Il che contrasta con la disciplina tipica dei provvedimenti amministrativi.

Inoltre, come è ovvio, la confisca, pur avendo natura amministrativa, non può essere impugnata dinanzi al giudice amministrativo: sulla sostanza amministrativa prevale il dato formale dell'essere adottata con sentenza (dal giudice penale)^[12].

3. Applicabilità della confisca in caso di mancata condanna penale

Mano a mano che il dibattito tra le Corti si faceva più serrato e prendeva in esame i diversi aspetti dubbi della laconica disposizione sulla confisca urbanistica, il contenuto obiettivo di quest'ultima, se da un lato veniva chiarito, dall'altro veniva profondamente modificato; fino al punto che, allo stato attuale, il diritto vivente è assolutamente diverso dal diritto scritto.

Il primo aspetto controverso ha riguardato la possibilità che la confisca fosse pronunciata anche in caso di mancata condanna, in caso di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva. Anzi, a ben riflettere, l'obiettivo di confiscare i terreni lottizzati e i fabbricati eventualmente costruiti, anche in caso di sentenza di non luogo a procedere^[13] o di proscioglimento, dev'essere stata la ragione effettiva che ha convinto la Corte di cassazione, negli anni novanta, ad abbandonare la tesi della natura penale per abbracciare quella della natura amministrativa: come pena accessoria, ovviamente, la confisca non poteva essere pronunciata nei confronti dell'imputato uscito indenne dal processo penale, né poteva essere inflitta a soggetti estranei al giudizio penale.

Intesa come sanzione amministrativa, invece, in caso di accertamento di fatto dell'avvenuta lottizzazione abusiva, ossia dell'elemento oggettivo dell'illecito, non ci sarebbero ostacoli per infliggerla, anche in difetto di condanna penale, e perfino in caso di proscioglimento per difetto dell'elemento soggettivo del reato, a tutti coloro che in un modo o nell'altro se ne sono resi oggettivamente responsabili.

La questione ha comunque dato luogo ad un contrasto di giurisprudenza tra Corti nazionali e Corte convenzionale, che si è concluso con un compromesso di dubbia razionalità: la confisca può essere pronunciata ove il giudice penale abbia accertato, con un processo in cui sia stato rispettato il contraddittorio, sia l'elemento oggettivo sia l'elemento soggettivo del reato di lottizzazione abusiva. Sì che la confisca ha assunto un carattere ambiguo: è sanzione amministrativa, perché non presuppone la condanna penale, ma si comporta come se fosse una sanzione penale, per la cui comminazione è necessario l'accertamento (anche) di “un legame intellettuale (coscienza e volontà) con i fatti”^[14]. Accertato dal giudice penale che la

lottizzazione abusiva è stata effettivamente realizzata, con compromissione degli interessi pubblici ai quali si è già fatto riferimento, la confisca può essere pronunciata soltanto se i lottizzanti hanno agito almeno colposamente. Se, viceversa, hanno agito senza colpa, diligentemente, anche se illegittimamente, i terreni lottizzati abusivamente restano di loro proprietà e i fabbricati eventualmente realizzati non possono essere demoliti.

È più che evidente che l'accertamento dell'elemento soggettivo è necessario per le sanzioni penali, ma è distonico rispetto alle sanzioni amministrative, perché impedisce che esse raggiungano il loro scopo, ossia la cura dell'interesse per il quale sono previste dal legislatore; nel caso della confisca urbanistica, l'interesse alla trasformazione ordinata e controllata del territorio e al rispetto della funzione pianificatrice del Comune.

4. Il dibattito tra Corti interne e Corte EDU

A questo risultato si è arrivati gradualmente, su spinta della Corte di Strasburgo. La quale, con le varie sentenze Sud Fondi, e poi con la sentenza Varvara, aveva preso una posizione di chiusura nei confronti della possibilità di pronunciare la confisca in difetto di condanna penale^[15]. Fin dalle sentenze Sud Fondi, affermando il carattere penale della confisca, richiedeva l'accertamento (anche) dell'elemento psicologico.

La giurisprudenza penale si uniformò con immediatezza a questa seconda indicazione^[16], e da allora il giudice indaga sul profilo soggettivo del reato; ma non si uniformò alla prima indicazione. Conseguentemente, la Corte di cassazione, sempre convinta che si potesse infliggere la confisca anche in assenza di condanna dei responsabili, in caso di prescrizione del reato prima della sentenza definitiva^[17], ritenne necessario rivolgersi alla Corte costituzionale, sostenendo che l'orientamento della Corte di Strasburgo, impedendo la confisca in caso di non luogo a procedere, determinava una forma di iperprotezione del diritto di proprietà, in violazione di una serie di articoli della Costituzione^[18].

La Consulta, da un lato, prese posizione nei confronti della Corte convenzionale, affermando "il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU" e rivendicando "l'autonomia dei criteri di valutazione della natura penale di una sanzione, ai fini dell'estensione delle garanzie offerte dall'art. 7 della CEDU, rispetto alla qualificazione che l'ordinamento nazionale offre della medesima sanzione" ^[19], ossia sostenendo l'autonomia delle qualificazioni giuridiche nell'ordinamento nazionale e in quello convenzionale. Dall'altro risolse brillantemente il problema, suggerendo una interpretazione sostanzialistica della sentenza Varvara. Sostenne, cioè, che il giudice convenzionale, ragionando in termini di "condanna", non intendeva riferirsi alla forma della pronuncia del giudice, ma alla sua sostanza, ossia all'accertamento della responsabilità per il reato di lottizzazione abusiva^[20].

La Grande Camera, a sua volta, pur non rinunciando ad una precisazione polemica riguardante una osservazione della Consulta^[21], si è adeguata alla interpretazione della sentenza Varvara proposta da quest'ultima, e ha infine stabilito che l'art. 7 "osta a che una sanzione penale sia inflitta su base individuale senza che sia stata accertata e dichiarata preventivamente la sua responsabilità penale personale"^[22], anche a prescindere da una condanna formale.

L'orientamento successivo del giudice penale si è uniformato a questo risultato, condiviso dalle Corti costituzionale e convenzionale[23].

In definitiva, la confisca è una sanzione penale secondo il diritto convenzionale, ma resta una sanzione amministrativa secondo il diritto nazionale: per infliggerla è necessario accertare, oltre l'elemento oggettivo del reato di lottizzazione abusiva, anche l'elemento soggettivo o "intellettuale" (il dolo o la colpa).

5. I terzi acquirenti degli immobili

Questo è il risultato (di compromesso) che ha messo d'accordo le Corti nazionali con la Corte di Strasburgo[24]. Esso comporta che la confisca possa essere inflitta solo a coloro per i quali il giudice penale abbia accertato la responsabilità; il che significa che occorre che ciascuno di essi debba essere stato convenuto in giudizio e dichiarato responsabile.

Si pone così il problema dei terzi acquirenti di appartamenti siti in fabbricati realizzati a seguito della lottizzazione abusiva. I terzi, secondo la giurisprudenza penale, pur non avendo partecipato alle condotte lottizzatrici, sono considerati concorrenti nel reato, in quanto inseriscono "un determinante contributo causale alla concreta attuazione del disegno criminoso" dei lottizzanti[25]: non sono, quindi, considerati estranei al reato. Il nesso di causalità si interrompe soltanto se gli acquirenti sono in buona fede: soltanto in tal caso e per le sole opere di loro proprietà la confisca non può essere inflitta[26].

La giurisprudenza penale risulta essere molto severa nella valutazione della buona fede dei terzi acquirenti: ritiene che essi debbano acclarare non solo se gli immobili che intendono acquistare, siano dotati di permesso di costruire, se la lottizzazione nella quale si collocano sia stata debitamente autorizzata, ma debbano altresì acclarare se gli immobili siano conformi agli strumenti urbanistici in vigore[27].

Si potrebbe pensare che soprattutto quest'ultimo oggetto di indagine sia fuori della normale diligenza. Si pensi alla lottizzazione c.d. sostanziale[28], quando cioè l'attività di divisione in lotti e di costruzione e vendita dei fabbricati risulta debitamente autorizzata dal Comune, ma con provvedimenti (che il giudice penale possa poi ritenere) illegittimi per contrasto con le norme e gli strumenti urbanistici superiori: può ritenersi normale diligenza valutare la legittimità di provvedimenti emessi dal Comune e non impugnati?[29].

La particolare severità nell'accertamento della buona fede può spiegarsi con la preoccupazione che, lasciando indenni da confisca i beni acquistati da terzi, l'oggetto della confisca è destinato a ridursi notevolmente e, in più, si potrebbe avere una confisca a macchia di leopardo, tale da rendere impossibile, da parte del Comune, l'eventuale demolizione dei fabbricati abusivi e il ripristino della situazione precedente alla lottizzazione abusiva.

Data la necessità di accertare in giudizio la responsabilità penale dei lottizzanti, la confisca non dovrebbe comprendere beni di persone che sono rimaste estranee al giudizio. Viceversa la prassi è che, accertati gli elementi oggettivo e soggettivo (dei convenuti in giudizio), la confisca viene pronunciata con riferimento all'intero comprensorio di lottizzazione, senza

escludere i beni di coloro per i quali, non essendo stati parte nel giudizio, non è stata accertata la responsabilità.

Tanto questo è vero che, in generale, i terzi acquirenti devono far valere i loro diritti in sede di giudizio di esecuzione^[30], o in sede civile.

6. Sulla proporzionalità della sanzione

Un altro delicatissimo argomento di “dialogo” tra le Corti ha avuto ad oggetto la proporzionalità della sanzione della confisca rispetto al reato di lottizzazione abusiva; sotto due profili: la consistenza dei beni confiscati (estensione dei terreni; numero dei fabbricati) e la possibilità di infliggere sanzioni meno onerose della perdita della proprietà.

Su entrambi i profili la Corte di Strasburgo è stata esemplarmente chiara. In ordine al primo aspetto la Corte, esaminando la dedotta violazione dell’art. 1 del Protocollo addizionale n. 1^[31], ha affermato la necessità che vi sia “un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (...). Questo punto di equilibrio è rotto se la persona interessata deve sostenere un onere eccessivo ed esagerato”^[32].

Nell’esame delle questioni sottoposte al suo giudizio ha distinto i “terreni direttamente interessati dalle trasformazioni urbanistiche abusive” dal resto dei beni appartenenti ai lottizzanti, ed ha fortemente stigmatizzato che i beni confiscati, in tutte le tre fattispecie esaminate, fossero stati di ampiezza di gran lunga superiore alle superfici effettivamente trasformate^[33]. Per cui la Corte dei diritti dell’uomo ha statuito che “vi sia stata violazione dell’articolo 1 del Protocollo n. 1 nei confronti di tutti i ricorrenti in ragione del carattere sproporzionato della misura di confisca”^[34].

Mentre la Corte costituzionale ha subito condiviso, sia pure a proposito di altra sanzione amministrativa, il principio della proporzionalità^[35], la Cassazione penale ha proposto una “lettura” minimalista di tale principio, sostenendo che deve “ritenersi conforme ai principi convenzionali la confisca di tutte le aree abusivamente lottizzate, indipendentemente dalla presenza o meno di volumi, mentre tale misura ablativa non potrebbe mai riguardare aree completamente estranee all’attività lottizzatoria abusiva nel senso dianzi delineato, ponendosi una simile evenienza platealmente in contrasto con i richiamati principi”. Oggetto di confisca proporzionata sarebbero, pertanto, *sempre* tutti i terreni rientranti nel progetto di lottizzazione, anche se non trasformati, e perfino se soltanto oggetto di un’operazione di mero frazionamento: in definitiva anche i terreni che non siano stati affatto trasformati^[36].

La Cassazione giunge a questo risultato riduttivo e, a mio parere, frontalmente contrario all’orientamento della Corte di Strasburgo, e comunque ingiustificato^[37] formulando una nozione ampia di lottizzazione abusiva^[38] e richiamando la lettera dell’art. 44^[39].

Infatti, secondo la giurisprudenza della Cassazione penale, dato che “la lottizzazione abusiva riguarda (...) quei beni immobili (terreni e manufatti) direttamente interessati dall’attività lottizzatoria e ad essa funzionali”, si deve ritenere di conseguenza “conforme ai principi convenzionali la confisca di *tutte* le aree abusivamente lottizzate, indipendentemente dalla presenza o meno di volumi”.

Questa posizione, in effetti, esclude del tutto il criterio della proporzionalità della sanzione: in tutti i casi l'oggetto della confisca deve comprendere l'intera area lottizzata, senza attribuire alcun rilievo agli elementi indicati dalla Corte di Strasburgo per rendere proporzionata la sanzione, evitando cioè che essa possa essere "illimitata", in quanto "può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi"^[40]. La sanzione resta uniforme e, per così dire, grezza.

Mi sembra di poter aggiungere che la giurisprudenza successiva della Cassazione penale, pur richiamando letteralmente le affermazioni sopra riportate, si va orientando in termini meno drastici e più aderenti al principio di proporzionalità, come inteso dalla Corte di Strasburgo^[41].

Francamente non mi sembra contestabile che la confisca debba avere ad oggetto solo i terreni effettivamente trasformati (mediante realizzazione di edifici, movimenti di terra, opere di urbanizzazione) e non l'intera superficie della lottizzazione, che può essere (e in genere è) molto più ampia, come disegnata nel progetto di lottizzazione o, in mancanza di questo, come desumibile, ad esempio, dal solo frazionamento, magari predisposto sul terreno con semplici picchetti. Sono, infatti, solo i terreni effettivamente trasformati quelli che contrastano con gli strumenti urbanistici di pianificazione. Confiscare terreni che possono essere tranquillamente utilizzati secondo tali strumenti costituisce palese e ingiustificata violazione del principio di proporzionalità.

7. Sulla unicità e automaticità della sanzione

Quanto al secondo aspetto, la Corte di Strasburgo ha ritenuto contrastante con l'art. 1 del Protocollo addizionale che sia prevista dall'art. 44 solo la sanzione della confisca e che la sua comminazione sia disciplinata come conseguenza automatica del reato: la legge italiana – sottolinea la Corte – “non consente al giudice di valutare quali siano gli strumenti più adatti alle circostanze specifiche dei casi di specie e, più in generale, di bilanciare lo scopo legittimo soggiacente e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione”^[42].

Il principio di proporzionalità, ma aggiungerei anche il principio di adeguatezza, comporta, secondo la Corte di Strasburgo, che la legge consenta al giudice di “adottare misure meno restrittive” e meno onerose della confisca^[43].

Se ne deve dedurre che, secondo la Corte di Strasburgo, è proprio la disposizione contenuta nell'art. 44, per come è formulata, ad essere in contrasto con l'art. 1 del Protocollo addizionale, sia in quanto prescrive una sola sanzione, la confisca, sia in quanto la disciplina come conseguenza automatica, e quindi inevitabile, dell'accertamento del reato di lottizzazione abusiva. Per cui l'adeguamento all'orientamento appena illustrato comporterebbe che il legislatore, o chi per lui (la Corte costituzionale, la giurisprudenza creativa), superasse la suddetta disposizione, sostituendola con una diversa e più articolata (e più aderente agli interessi da tutelare), che consenta al giudice di applicare le sanzioni che, soddisfacendo gli interessi pubblici coinvolti, siano proporzionate ai reati, tenendo conto delle loro diversità sia oggettive sia soggettive, della vasta gamma di comportamenti riconducibili al reato.

Anche in ordine a questo diverso aspetto della proporzionalità (o adeguatezza) la Cassazione penale ha reagito cercando di minimizzarne la portata. Ha sostenuto che la confisca non sarebbe affatto un evento “scontato, automatico ed inevitabile”, perché è applicata “previa verifica di un collegamento oggettivo e soggettivo con il reato della persona che la subisce”^[44].

L’argomento è tuttavia inconsistente, perché la sanzione presuppone necessariamente il previo accertamento della responsabilità penale, e quindi degli elementi oggettivo e soggettivo. L’automatismo comporta che, una volta accertata la responsabilità, l’applicazione della confisca (e solo di tale sanzione) è scontata, automatica ed inevitabile, secondo la lettera dell’art. 44. Ed è proprio questa automaticità che, secondo la Corte di Strasburgo, contrasta con la disciplina convenzionale. La Corte ha perfino indicato alcune delle sanzioni che potrebbero essere considerate alternative alla confisca, la demolizione delle opere di trasformazione e l’annullamento del progetto di lottizzazione^[45].

È tuttavia da sottolineare che va maturando anche un diverso indirizzo della giurisprudenza penale, che non intende interpretare riduttivamente le indicazioni della Corte di Strasburgo, e si rende perfettamente conto che essa “attribuisce particolare rilevanza alla possibilità di perseguire il medesimo fine attraverso l’adozione di misure alternative alla confisca, in modo tale da incidere meno pesantemente sul diritto di proprietà, rispettando, anche attraverso il ricorso agli altri parametri indicati, il rapporto di proporzionalità”^[46]. Questo diverso atteggiamento del giudice penale è certamente da preferire se si concorda, come a me sembra che debba concordarsi, con il pensiero della Corte di Strasburgo.

In ogni caso non può essere dubbio che la disposizione contenuta nell’art. 44 risulti del tutto rivoluzionata dalle sentenze della suddetta Corte: a mio avviso non se ne salva nessuna parte.

8. Sulla idoneità della confisca a soddisfare gli interessi urbanistici

Le osservazioni appena fatte portano a considerare un problema assai più basilare e coinvolgente: la confisca dei beni lottizzati e la loro acquisizione di diritto al patrimonio del Comune è tale da soddisfare gli interessi pubblici ai quali è strumentale? Ossia, la tutela della competenza pianificatoria del Comune^[47], la trasformazione ordinata e controllata del territorio e la protezione dell’ambiente e del paesaggio sono garantite con la confisca?

Per prendere le mosse è utile partire da casi concreti; e, al fine di verificare l’adeguatezza della confisca rispetto al suo scopo, sono decisamente indicativi i casi esaminati dalla Corte di Strasburgo con la sentenza G.I.E.M.: la Corte si è infatti fatta carico di conoscere la sorte che hanno fatto i beni confiscati.

È risultato che i terreni della G.I.E.M. erano stati restituiti alla società, in forza evidentemente del fatto che tale società era del tutto estranea al reato di lottizzazione abusiva e al relativo processo^[48]. La confisca non avrebbe dovuto comprendere i suoi terreni.

Significativi sono gli esiti delle altre due sanzioni: per il complesso immobiliare confiscato alle società Hotel Promotion e R.I.T.A., il Comune di Golfo Aranci ha deliberato di conservarlo così come abusivamente realizzato^[49]; il complesso sequestrato alla società

Falgest e al sign. Gironda si trovava in stato di totale abbandono[50]. In entrambi i casi le opere realizzate abusivamente non sono state demolite, per cui gli interessi sopra ricordati, cui dovrebbe far fronte la confisca, non sono affatto stati soddisfatti. La trasformazione abusiva dei terreni è rimasta inalterata, anzi, nel caso Falgest, l'ambiente risulta deteriorato.

D'altronde ove si ponga mente che la confisca determina soltanto l'estinzione della proprietà in capo ai (ad alcuni dei) responsabili della lottizzazione abusiva e il suo acquisto al patrimonio del Comune, a parte l'effetto paradossale che si ha quando la lottizzazione sia stata autorizzata dal Comune medesimo, non è ontologicamente idonea a soddisfare i suddetti interessi.

La sola sanzione che può soddisfarli è la rimessa in pristino dei terreni lottizzati[51]; ma, trasferendo le opere realizzate abusivamente al patrimonio del Comune, ne risulta che la demolizione non può che spettare al Comune; il quale dovrebbe farvi fronte con le sue risorse economiche. Sotto questo profilo la confisca è addirittura controproducente, perché impedisce che la demolizione avvenga a carico dei lottizzanti abusivi.

Ove si facesse una indagine sugli esiti delle confische urbanistiche, credo che il ripristino della situazione precedente alla lottizzazione abusiva, mediante eliminazione dei lavori abusivamente effettuati, risulterebbe evenienza rarissima. Gli esiti normali sarebbero esattamente quelli dei casi esaminati dalla Corte di Strasburgo, ossia la conservazione da parte del Comune, nuovo proprietario, delle opere realizzate da altri abusivamente, magari dando loro una (vera o apparente) diversa destinazione; ovvero il loro abbandono, con lesione – e non soddisfazione – dei più volte ricordati interessi pubblici[52].

In ogni caso, quale che sia la sorte dei beni confiscati, la confisca, di per sé, non consente la tutela del territorio e dell'ambiente, talvolta contribuisce a deteriorarlo. Il Comune, nuovo proprietario, spesso non può, per ragioni finanziarie (talvolta anche politiche), o non vuole, se non altro per non distruggere ricchezza, demolire le opere abusive; né è incondizionatamente obbligato a demolirle[53].

V'è una ulteriore osservazione da fare: la giurisprudenza penale è giustamente salda nel ritenere che il Comune conservi, sia prima del processo, sia durante, sia ancora dopo il passaggio in giudicato della sentenza che ordina la confisca, tutti i suoi poteri di intervento[54]. Ha modo, pertanto, di eliminare il contrasto tra la lottizzazione realizzata e la disciplina urbanistica, soprattutto quando l'abuso consiste nella difformità di quanto realizzato a quanto autorizzato. Gli è consentito perfino, ove riconosca *ex post* la conformità della lottizzazione agli strumenti urbanistici generali vigenti sul territorio, la facoltà di "lasciare il terreno lottizzato alla disponibilità dei proprietari, rinunciando implicitamente ad acquisirlo al patrimonio indisponibile del Comune"[55]. Il che, a mio avviso, è un altro sintomo della inadeguatezza della confisca a far fronte alle conseguenze della lottizzazione abusiva.

9. Confisca e provvedimento di acquisizione al patrimonio del Comune

La rimescolazione della disciplina della confisca urbanistica, frutto del “dibattito” tra le varie Corti, non può non incidere sulla parallela disciplina dell’acquisizione di diritto al patrimonio del Comune, disposta direttamente con provvedimento comunale[56].

La giurisprudenza amministrativa (almeno fino a tempi recentissimi) assolutamente salda esclude che le innovazioni giurisprudenziali introdotte nella disciplina della confisca possano estendersi al provvedimento di acquisizione. Fino a tempi recentissimi, anche dopo la pubblicazione della sentenza G.I.E.M., il Consiglio di Stato ha costantemente sostenuto l’irrelevanza dell’elemento soggettivo dell’illecito sulla legittimità del provvedimento di acquisizione[57] ed ha escluso che ciò che la Grande Camera ha stabilito a proposito della confisca possa essere esteso al provvedimento di acquisizione[58].

Tale posizione si basa (anzi si basava) su due argomenti: la natura vincolata del provvedimento di acquisizione e il rilievo soltanto oggettivo dell’illecito di lottizzazione abusiva. Il primo argomento è insignificante, perché la rilevanza dell’elemento soggettivo attiene ai presupposti per l’adozione del provvedimento e non alla sua natura (vincolata o discrezionale). Il secondo argomento, in sé valido in relazione alle finalità del provvedimento, viene tuttavia a collidere con l’orientamento della giurisprudenza di Strasburgo e ormai anche di quella della Corte costituzionale[59] e della Cassazione penale.

Più recentemente, tuttavia, sembra che il Consiglio di Stato intenda cambiare il suo atteggiamento di chiusura, assumendo che per l’applicazione delle sanzioni amministrative, che siano privative della proprietà del bene, è necessario l’accertamento di “un elemento soggettivo almeno di carattere colposo da parte del soggetto proprietario che subisce la sanzione”[60].

Si inizia a tener conto anche del principio di proporzionalità, ossia della necessità di mantenere “il giusto equilibrio tra le esigenze dell’interesse generale della comunità e gli imperativi della tutela dei diritti fondamentali dell’individuo”[61].

Sembra pertanto che, sia pure con qualche ritardo, il giudice amministrativo vada uniformando il suo indirizzo ai principi stabiliti dalla Corte di Strasburgo. Il rischio è che possa trattarsi di un adeguamento soltanto apparente[62].

10. Inconvenienti derivanti dalla attribuzione al giudice penale dell’applicazione di sanzioni amministrative

Che la confisca, sanzione amministrativa, venga inflitta dal giudice penale dà luogo a complicazioni, a lacune, perfino a disarmonie sul piano dei concetti di fondo del diritto amministrativo.

Bisogna, infatti, in primo luogo fare i conti con la disciplina del processo penale, e in particolare con i rapporti cronologici tra maturarsi della prescrizione e accertamento della responsabilità ai fini della confisca. Mentre sembra pacifico che, ove la prescrizione si compia prima dell’esercizio dell’azione penale, al giudice non è consentito iniziare un’azione di accertamento finalizzata alla sola decisione sulla confisca[63], è dubbio se, qualora la prescrizione maturi nel corso del giudizio di primo grado, ma prima che l’accertamento del

fatto (e della responsabilità) sia compiuto[64], il giudice possa proseguire il giudizio allo scopo di decidere sulla confisca[65]. Le Sezioni Unite della Cassazione penale propendono per la soluzione negativa, in forza del principio dell'immediata operatività della causa estintiva[66].

Ove la confisca sia stata comminata (in primo o secondo grado), i giudici dei gradi superiori (rispettivamente, la Corte di appello e la Corte di cassazione) possono (devono) pronunciarsi su di essa, nonostante l'intervenuta prescrizione, sulla base di una specifica norma processuale introdotta *ad hoc* nel codice di procedura penale[67].

Ciò che si vuol mettere in evidenza è che talvolta il giudice penale non ha il potere, per motivi processuali, di pronunciarsi sulla confisca[68].

Occorre tuttavia considerare che l'amministrazione conserva i suoi poteri di deliberare l'acquisizione coattiva dei beni abusivamente lottizzati[69] o anche di provvedere alla sanatoria, almeno nel caso in cui l'abuso consista nella trasformazione del territorio in mancanza o in violazione dell'autorizzazione alla lottizzazione o del permesso di costruire[70]. Se l'abuso consiste nella violazione di norme di rango superiore, la sanatoria è più difficile, ma non impossibile[71].

Si deve aggiungere che, nel caso di concorrenza del processo penale e del processo amministrativo in ordine alla medesima situazione di fatto, la confisca non può essere inflitta soltanto se il processo amministrativo si conclude con l'accertamento definitivo (ossia con sentenza passata in giudicato) della legittimità dei provvedimenti relativi alla lottizzazione.

Da ultimo si accenna ad una circostanza che fa riflettere: nella lottizzazione c.d. sostanziale[72], i lavori di trasformazione del territorio risultano essere stati previamente autorizzati con provvedimenti amministrativi efficaci, ed efficaci, secondo la regola generale, fino al loro annullamento.

Il giudice penale, che non ha il potere di annullarli, li ignora completamente, e valuta il carattere abusivo della lottizzazione sulla base delle norme di legge e degli strumenti urbanistici. Cosicché, nel caso in cui accerta che la lottizzazione è per tale ragione abusiva, i provvedimenti comunali che la hanno autorizzata ed hanno consentito la trasformazione del territorio rimangono, ciò nonostante, in vita, non vengono dichiarati invalidi, e si deve ritenere che restino perfino efficaci, ma non escludono il reato.

Il problema sorge (non in ordine – si badi – all'accertamento del reato, ma) a proposito dell'inflizione della confisca. Si determina una stranezza, a mio avviso una vera anomalia: la sanzione viene comminata nonostante che la trasformazione del territorio sia “coperta” da provvedimenti amministrativi (ancora) validi ed efficaci; anomalia che deriva dall'aver attribuito al giudice penale la competenza ad infliggere la sanzione amministrativa.

La costruzione degli abusi edilizi, quali che essi siano, come reati, anziché come illeciti amministrativi, viene giustificata per la loro gravità e per le caratteristiche del processo penale (iniziativa officiosa; superamento dell'eventuale inerzia dell'amministrazione; maggiori poteri istruttori rispetto al processo amministrativo). Nessun grave problema si verifica fino a quando il giudice penale procede all'accertamento del reato e all'applicazione delle previste sanzioni prettamente penali (l'arresto o l'ammenda). Al più si potrà verificare un contrasto teorico di giudicati se il processo penale e quello amministrativo dovessero concludersi in

modo opposto (sulla legittimità o sulla non contrarietà agli strumenti urbanistici, dei provvedimenti comunali).

I problemi più complessi, a cui si è fatto riferimento nei paragrafi precedenti, sorgono quando al giudice penale viene attribuito il potere di infliggere sanzioni amministrative, sanzioni che incidono sul territorio e sui rapporti tra amministrazione e cittadini^[73].

Questa è una considerazione che ha carattere generale, può cioè estendersi a tutte le sanzioni in senso proprio amministrative che possono essere erogate dal giudice penale. Ed è una considerazione che dovrebbe consigliare di evitare di coinvolgere il giudice penale nella irrogazione di sanzioni amministrative.

Il rilievo di maggior peso, riguardante la confisca urbanistica, non attiene, tuttavia, a chi ha il potere di infliggerla, amministrazione o giudice penale; ma attiene alla sua inidoneità a garantire gli interessi che, attraverso di essa, si intendono tutelare, dato che essa incide solo sulla proprietà delle opere abusive senza tuttavia eliminarle, anzi rendendo di fatto impossibile, o almeno molto difficile, eliminarle.

[1] Prevista dall'art. 44, co. 2, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, che recita: “la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del Comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari”.

[2] Ai sensi dell'art. 30, co. 8, D.P.R. 6 giugno 2002, n. 380.

[3] L'intento di questo breve lavoro è di “dialogare” con la giurisprudenza interna e convenzionale. Non è necessario, né utile, richiamare, pertanto, il ricco e approfondito dibattito dottrinale, che è d'altronde adeguatamente esposto nell'opera recentissima e ben documentata e ragionata di Simone Lucattini, *Le sanzioni amministrative a tutela del territorio*, Torino, 2022.

[4] Sugli interessi connessi alla confisca v., oltre la giurisprudenza penale e amministrativa, Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018 – G.I.E.M. s.r.l. e altri c/ Italia, § 116; Corte cost., 8 luglio 2021, n. 146, n. 3.1 della motivazione in diritto. Si tratta di interessi distinti, che comportano valutazioni (e conseguenze) diverse.

[5] Cass. Pen., Sez. III, 12 novembre 1990 (dep. 18 dicembre 1990), Licastro. Corte cost., ord. 26 maggio 1998, n. 187.

[6] Fin dalle sentenze Sud Fondi s.r.l. (Sez. II, 30 agosto 2007; 20 gennaio 2009; 10 maggio 2012) la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la confisca sia una “pena” e che si renda, quindi, applicabile l'art. 7 della Convenzione. La Corte costituzionale, con sent. 2009, n. 239, pur non pronunciandosi esplicitamente sulla natura della confisca (e rimettendosi alla giurisprudenza della Cassazione, che aveva confermato la natura amministrativa: Sez. III, 13 luglio 2009, n. 39078) si richiama al “carattere autonomo dei criteri utilizzati dalla Corte di Strasburgo rispetto a quelli degli ordinamenti giuridici nazionali”. La Corte convenzionale, con la sent. Varvara (Sez. II, 24 marzo 2014) ribadisce, anzi dà per scontato che la confisca sia una pena, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione. La Corte costituzionale, ritornando sul tema, sostiene che la “discrezionalità del legislatore [nazionale] di configurare gli strumenti più efficaci per perseguire la «effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri»; discrezionalità che la sentenza Varvara non pone in discussione. Infine la Corte di Strasburgo ha ulteriormente ribadito il suo orientamento con la sentenza G.I.E.M., cit., §§ 222 ss., in particolare § 233). La Corte costituzionale (sent. 8 luglio 2021, n. 146) replica richiamandosi di nuovo alla giurisprudenza di legittimità, ferma nel ritenere la natura amministrativa della confisca.

[7] Cons. Stato, Sez. VI, 19 luglio 2021, n. 5439; Id, Sez. VI, 4 novembre 2021, n. 7380, che la definisce “sanzione penale accessoria”. Si veda anche quanto esposto al successivo n. 9.

[8] Il primo comma dell'art. 7 recita: "1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso".

[9] Non solleva dubbi la situazione inversa: sanzioni penali possono essere comminate da organi amministrativi: Corte EDU 4 marzo 2014 – Grande Stevens; Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49, n. 6.1 della motivazione in diritto

[10] Tesi sponsorizzata dalla Cassazione.

[11] CEDU, Grande Camera, sent. G.I.E.M. cit., § 230 in relazione ai §§ 128-129, nei quali viene riferito l'orientamento della Cassazione.

[12] Così come per le leggi-provvedimento prevale la forma legislativa sulla sostanza amministrativa; e per i regolamenti prevale la forma amministrativa sulla sostanza normativa. La prevalenza della forma sulla sostanza costituisce una regola generale nel nostro ordinamento.

[13] Per intervenuta prescrizione, per decesso dell'imputato, per amnistia.

[14] L'espressione è tolta dalla motivazione della sent. Corte cost. n. 49 del 2015, cit., n. 5 della motivazione in diritto. Sulla necessità dell'elemento soggettivo insiste la Grande Camera (sent. G.I.E.M. cit., § 235 ss.).

[15] Limite i riferimenti alla sentenza più recente tra quelle ricordate nel testo: "la logique de la «peine» et de la «punition», et la notion de «guilty» (dans la version anglaise) et la correspondante notion de «personne coupable» (dans la version française), militent pour une interprétation de l'article 7 qui exige, pour punir, une déclaration de responsabilité par les juridictions nationales, qui puisse permettre d'imputer l'infraction et d'infliger la peine à son auteur. A défaut de quoi, la punition n'aurait pas de sens (*Sud Fondi et autres*, § 116). Il serait en effet incohérent d'exiger, d'une part, une base légale accessible et prévisible et de permettre, d'autre part, une punition quand, comme en l'espèce, la personne concernée n'a pas été condamnée" (sent. Varvara, cit., § 71).

[16] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 30 aprile 2009, n. 21188; Id., Id., 19 maggio 2009, n. 30933.

[17] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 8 febbraio 1994, n. 4954. La giurisprudenza penale continuava nello stesso indirizzo anche dopo la sentenza Varvara: v., ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 8 aprile 2015, n. 16803.

[18] Cass. pen., Sez. III, ord. n. 20243 del 2014. Anche il Tribunale di Teramo sollevò la medesima questione di legittimità costituzionale.

[19] La Corte costituzionale tenne a porre in rilievo che non fosse stata posta in discussione da parte della Corte di Strasburgo "la discrezionalità dei legislatori nazionali di arginare l'ipertrofia del diritto penale attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori reputati più adeguati" (sent. n. 49 del 2015, cit., n. 6.1 della motivazione in diritto). Sull'autonomia del concetto di pena di cui all'art. 7 CEDU la Grande Camera si mostra perfettamente d'accordo, ed argomenta che "senza un'interpretazione autonoma [da parte del giudice convenzionale] del concetto di «pena», gli Stati sarebbero liberi di infliggere pene senza definirle tali, togliendo in tal modo alle persone le tutele dell'art. 7 § 1, norma che si vedrebbe così privata di efficacia" (sent. G.I.E.M., cit., § 216).

[20] "Che sia proprio l'accertamento di responsabilità a premere al giudice europeo è ben argomentabile sulla base sia del testo, sia del tenore logico della motivazione svolta con la pronuncia Varvara. Qui si sottolinea, infatti, che l'art. 7 della CEDU esige una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato (§ 71), poiché non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità personale (§ 69). Non è in definitiva concepibile un sistema che punisca coloro che non sono responsabili (§ 66), in quanto non dichiarati tali con una sentenza di colpevolezza" (Corte cost., sent. n. 49 del 2015, cit., n. 6.2. della motivazione in diritto).

[21] Nella sent. n. 49 del 2015, cit., la Consulta aveva rilevato, per mortificarne la rilevanza, che la sentenza Varvara promanava da una Sezione semplice, senza l'avallo della Grande Camera (n. 7 della motivazione in diritto). La Grande Camera ha ritenuto di dover sottolineare che le sentenze della Corte "hanno tutte lo stesso valore giuridico. Il loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa non possono pertanto dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate" (sent. G.I.E.M., cit., § 252).

[22] Sent. G.I.E.M., cit., § 251. Pur escludendo la necessità di una condanna formale, ritiene indispensabile "una dichiarazione formale di responsabilità penale a carico" di coloro che subiscono la confisca (§ 255). "Qualora i tribunali

investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione, tali constatazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell'articolo 7, che in questo caso non è violato" (§ 261).

[23] Cass. pen., S.U., 30 aprile 2020, n. 13539 osserva: "se infatti la pronuncia della Corte EDU 29/10/2013, Varvara c. Italia, aveva affermato l'incompatibilità con le garanzie previste dalla CEDU di un sistema in cui una persona dichiarata innocente o, comunque, senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza, potesse subire una "pena" (tale dovendo secondo la Corte essere considerata la confisca lottizzatoria), in contrasto con la previsione dell'art. 7 CEDU, successivamente, sia l'elaborazione della Corte costituzionale che la "rilettura" operata, in tempi più recenti, dalla Corte EDU, hanno offerto ulteriore fondamento all'indirizzo esegetico ricordato." Sicché, prosegue la sentenza, "nella "lettura" data da questa Corte, Part. 44 cit., là dove ricollega la confisca lottizzatoria all'accertamento del reato, consente di prescindere dalla necessità di una sentenza di condanna "formale" permettendo di fondare la "legittimità" del provvedimento ablatorio su un accertamento del fatto che, pur assumendo le forme esteriori di una pronuncia di proscioglimento, equivale, in forza della sua necessaria latitudine (estesa alla verifica, oltre ce dell'elemento oggettivo, anche dell'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza) e delle sue modalità di formazione (caratterizzate da un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati), ad una pronuncia di condanna come tale rispettosa ad un tempo dei principi del giusto processo e dei principi convenzionali, proprio come riconosciuto, da ultimo, anche dalla Corte EDU".

[24] V., ad esempio, Cass. pen., S.U., n. 13539 del 2020, citata; Id., Sez. IV, 3 dicembre 2020, n. 34365: "presupposto essenziale e indefettibile per l'applicazione della confisca in oggetto è (secondo l'interpretazione giurisprudenziale costante) che sia stata accertata l'effettiva esistenza di una lottizzazione abusiva; ulteriore condizione, però, che si riconnette alle recenti decisioni della Corte di Strasburgo, investe l'elemento soggettivo del reato ed è quella del necessario riscontro quanto meno di profili di colpa (anche sotto gli aspetti dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza) nella condotta dei soggetti sul cui patrimonio la misura viene ad incidere" (n. 5 della motivazione in diritto).

[25] Cass. pen., Sez. IV, n. 34365 del 2020, citata: "per la cooperazione dell'acquirente nel reato, non sono necessari un previo concerto o un'azione concordata con il venditore, essendo sufficiente, al contrario, una semplice adesione al disegno criminoso da quegli concepito, posta in essere anche attraverso la violazione (deliberatamente o per trascuratezza) di specifici doveri di informazione e conoscenza che costituiscono diretta esplicazione dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione" (n. 7 della motivazione in diritto). L'orientamento è risalente: "il compratore che omette di acquisire ogni prudente informazione circa la legittimità dell'acquisto si pone colposamente in una situazione di inconsapevolezza che fornisce, comunque, un determinante contributo causale all'attività illecita del venditore Cass. pen., Sez. III, 26 giugno 2008, n. 37472, Belloi ed altri).

[26] In verità non è chiaro se gli acquirenti siano estranei al reato o vi concorrano. La Corte costituzionale li considera estranei al reato anche se in mala fede (sent n. 49 del 2015, citata, n- 5 della motivazione in diritto). La Cassazione penale, a sua volta, afferma che "non è necessario che l'acquirente del terreno confiscato concorra nel reato di lottizzazione abusiva, essendo sufficiente la mancanza di buona fede al momento dell'acquisto stesso" (Sez. III, 23 febbraio 2019, n.8350). Secondo Cass. pen., S.U., 25 settembre 2014, n.11170, "terzo è la persona estranea al reato, ovvero la persona che non solo non abbia partecipato alla commissione del reato, ma che da esso non abbia ricavato vantaggi e utilità (Sez. II, n. 11173 del 14/10/1992, Tassinari; Sez. III, n. 3390 del 19/01/1979, Ravazzani, secondo le quali non può considerarsi estraneo al reato il soggetto che da esso abbia ricavato vantaggi e utilità); soltanto colui che versi in tale situazione oggettiva e soggettiva può vedere riconosciuta la intangibilità della sua posizione giuridica soggettiva e l'insensibilità di essa agli effetti del provvedimento di confisca" (n. 8 della motivazione in diritto).

Il problema, di stretto diritto penale, è tuttavia estraneo al presente studio.

[27] Cass. pen., Sez. III, 5 luglio 2019, n. 36310; Id., Id., 15 settembre 2016, n. 51429; Id., Id., 24 ottobre 2013, n. 51387; Id., Id., 6 marzo 2013, n. 15987; Id., Id., 23 dicembre 2013, n. 51710: non è sufficiente che l'atto di acquisto sia rogato da un notaio, che ha il dovere di accertarsi della liceità dell'oggetto del contratto.

[28] Prendo in prestito la terminologia utilizzata dalla Corte di Strasburgo (sent. G.I.E.M., cit., § 127). Mentre la giurisprudenza interna è ferma nel ritenere che la lottizzazione abusiva possa realizzarsi in tre forme (materiale, giuridica o negoziale, e mista), la sent. G.I.E.M., cit., § 109, ne individua quattro forme: aggiunge la lottizzazione mediante mutamento della destinazione d'uso di edifici. Ciò che maggiormente rileva è che la Corte EDU distingue, nell'ambito della lottizzazione "materiale", un tipo "formale", che si ha "quando la trasformazione urbanistica è sprovvista di autorizzazione o in contrasto con l'autorizzazione accordata", e un tipo "sostanziale", che si ha "quando la trasformazione urbanistica è stata autorizzata dall'amministrazione (...), ma questa autorizzazione non è legittima in quanto non conforme ai documenti urbanistici, alla legislazione regionale o alle leggi nazionali".

La distinzione tra "formale" e "sostanziale" è, a mio avviso, fondamentale.

[29] Si badi che valutare la conformità di autorizzazioni di lottizzazione e di permessi di costruire agli strumenti di pianificazione urbanistica (leggi nazionali e regionali, P.R.G., regolamenti edilizi) è cosa da esperti. Non infrequentemente capita che le valutazioni del giudice penali con corrispondano, nell'esame della stessa fattispecie, alle valutazioni del giudice amministrativo.

[30] È giurisprudenza costante che rientri “nella sfera di cognizione del giudice dell'esecuzione l'accertamento della sussistenza di profili di colpa a carico del terzo acquirente, nei confronti del quale può essere disposta la confisca del bene qualora abbia omesso di assumere le necessarie informazioni sulla sussistenza di un titolo abilitativo e sulla compatibilità dell'intervento edilizio con gli strumenti urbanistici” (Cass. pen., Sez. III, n. 8350 del 2019, citata; Id, Id, 14 marzo 2013, n. 25883).

[31] Firmato a Parigi il 20 marzo 1952. L'art. 1 recita: “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende”.

[32] Sent. G.I.E.M., cit., § 300.

[33] Nel caso della G.I.E.M. s.r.l. la superficie confiscata era tre volte superiore a quella interessata dai permessi edilizi rilasciati dal Comune di Bari. Nel caso delle società Hotel Promotion Bureau s.r.l. e R.I.T.A. s.r.l. era 14,5 volte superiore a quella effettivamente trasformata. Nel caso della Falgest s.r.l. la superficie trasformata era meno dell'11% di quella confiscata (per il Governo era meno del 50%).

[34] Sent. G.I.E.M., cit., § 304.

[35] Cfr. sent. 17 aprile 2019, n. 88, a proposito della revoca della patente di guida (art. 222, co. 2, del codice della strada).

[36] Cass. pen., Sez. III, n. 8350 del 2019, cit., n. 8, in particolare n. 8.4, della motivazione in diritto. La Cassazione ha in tal modo meramente confermato l'orientamento precedente alla sentenza della Corte di Strasburgo (cfr., ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 9 maggio 2005, n. 17424).

[37] Ci mancherebbe altro che vengano confiscati anche “aree completamente estranee all'attività lottizzatoria abusiva”!

[38] “L'attività lottizzatoria si configura, dunque, mediante qualsiasi utilizzazione del suolo che, indipendentemente dalla entità del frazionamento fondiario e dal numero dei proprietari, preveda la realizzazione, contemporanea o successiva, di una pluralità di edifici a scopo residenziale, turistico o industriale, che postulino l'attuazione di opere di urbanizzazione primaria o secondaria, occorrenti per le necessità dell'insediamento; attraverso ogni intervento sul territorio tale da comportare una nuova definizione dell'assetto preesistente in zona non urbanizzata o non sufficientemente urbanizzata, per cui esiste la necessità di attuare le previsioni dello strumento urbanistico generale attraverso la redazione e la stipula di una convenzione lottizzatoria adeguata alle caratteristiche dell'intervento di nuova realizzazione, ovvero allorché detto intervento non potrebbe essere in nessun caso realizzato, poiché, per le sue connotazioni oggettive, si pone in contrasto con previsioni di zonizzazione e/o localizzazione dello strumento generale di pianificazione, che non possono essere modificati da piani urbanistici attuativi; quando venga posta in essere qualsiasi attività che oggettivamente comporti anche solo il pericolo di una urbanizzazione non prevista o diversa da quella programmata; in presenza di condotta che tenda a consolidare le trasformazioni già attuate mediante modifiche, migliorie o integrazioni del preesistente, posto che l'aggressione alla sistemazione del suolo si protrae finché perdurano comportamenti che compromettono la scelta di destinazione e di uso riservata alla competenza pubblica” (Cass. pen., Sez. III, n. 8350 del 2019, cit., n. 8.2).

[39] “Al fine di offrire una interpretazione convenzionalmente orientata delle norme applicate, deve in primo luogo osservarsi che l'art. 44, al comma 2, prevede la confisca tanto “dei terreni, abusivamente lottizzati” quanto “delle opere abusivamente costruite”. Avuto riguardo al concetto di lottizzazione abusiva in precedenza ricordato, appare evidente che la legge, come si è detto, prevede la confisca indipendentemente dalla edificazione intesa nel senso di intervento edilizio comportante la realizzazione di volumi o superfici, essendo terreni lottizzati anche quelli ove non insistono opere consistenti” (8.4).

[40] Sent. G.I.E.M., cit., § 301. Tra gli elementi da tener presenti per commisurare la confisca la Corte indica anche “il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione”.

[41] Cfr., ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 27 marzo 2019, n. 31282, che ha ritenuto proporzionata la confisca dei soli terreni interessati da lavori di sbancamento, ritenendo illegittima la confisca dei restanti terreni non ancora modificati. Secondo Cass. pen., Sez. III, 12 settembre 2019, n. 47280, che pur richiama la sent. n. 8350 del 2019, “la confisca va limitata a quella porzione territoriale effettivamente interessata dalla vendita di lotti separati, dalla edificazione e dalla realizzazione di infrastrutture”.

[42] Sent. G.I.E.M., cit., § 303.

[43] Sent. G.I.E.M., cit., § 301.

[44] Cass. pen., Sez. III, n. 8350 del 2019, cit., § 8.5. Nello stesso senso Id, Id, n. 47280 del 2019, cit., n. 38 della motivazione; Id, Id, 17 luglio 2019, n. 43119.

[45] Sent. G.I.E.M., cit., § 301.

[46] Cass. pen., Sez. III, 22 aprile 2020, n. 12640, n. 6 della motivazione in diritto. Invece della confisca, in quel caso, la Cassazione, adeguandosi ad una “lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata della disciplina vigente”, ha ordinato la demolizione delle opere abusive. Ha enunciato il principio secondo cui “in tema di lottizzazione abusiva, la effettiva ed integrale eliminazione di tutte le opere eseguite in attuazione dell’intento lottizzatorio, nonché dei pregressi frazionamenti, con conseguente ricomposizione fondiaria e catastale nello stato preesistente ed in assenza di definitive trasformazioni, se dimostrata in giudizio ed accertata in fatto dal giudice del merito con congrua motivazione, rende superflua la confisca perché misura sproporzionata secondo i parametri di valutazione indicati dalla giurisprudenza della Corte EDU” (n. 8 della motivazione in diritto). Nello stesso senso Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2020, n. 3727.

[47] Il “monopolio comunale sulle scelte di programmazione urbanistica del territorio”, per utilizzare una formula usata dal giudice penale (Cass. pen., Sez. III, n. 47280 del 2019, citata).

[48] Sent. G.I.E.M., cit., § 296. Si rammenti che i terreni di sua proprietà erano stati inclusi d’ufficio dal Comune nel piano di lottizzazione, che la società non aveva svolto alcuna opera di trasformazione e che le opere effettuate non riguardavano i suoi terreni.

[49] Per eventualmente destinarlo a far fronte a situazioni di emergenza (§ 297).

[50] Sent. G.I.E.M., cit., § 298.

[51] Ritengo che sia significativo che la Cassazione, con una “lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata della vigente disciplina” abbia riconosciuto che “la integrale demolizione di tutte le opere eseguite in attuazione di un’attività di illecita lottizzazione, unitamente alla eliminazione dei pregressi frazionamenti e delle loro conseguenze, rispondano ai criteri di proporzionalità indicati dalla Corte EDU e rappresentino una valida alternativa alla confisca” Cass. pen., Sez. III, 22 aprile 2020, n. 12640.

[52] La penisola è piena di ecomostri non abbattuti o di aree di sedime di ecomostri abbattuti lasciate in condizioni incivili.

[53] Si rammenti che il secondo comma dell’art. 44 non dispone l’obbligo di demolizione delle opere confiscate a differenza di quanto previsto nel precedente art. 30.

[54] La giurisprudenza ha più volte sottolineato “la rilevanza, rispetto al provvedimento di confisca, di provvedimenti adottati dall’autorità amministrativa prima o dopo il passaggio in giudicato della sentenza, affermandosi che tali provvedimenti, pur non producendo effetti estintivi del reato di lottizzazione abusiva, che la legge non prevede espressamente, comportano, quale conseguenza, se legittimamente emanati prima del passaggio in giudicato della sentenza, l’impossibilità per il giudice di disporre la confisca” (Cass. pen., Sez. III, n. 8350 del 2019, cit., n. 8.5 della motivazione in diritto ed ivi ulteriori indicazioni).

[55] Cass. pen., Sez. III, n. 8350 del 2019, cit., n. 8.5. “Dopo il passaggio in giudicato – prosegue la sentenza – si è ritenuto che l’amministrazione comunale conservi, ovviamente, la piena ed incondizionata potestà di programmazione e di gestione del territorio, dovendosi però escludere che il successivo adeguamento degli immobili acquisiti agli standard urbanistici già vigenti ovvero l’adozione di nuovi strumenti urbanistici integri una fonte di retro-trasferimento della proprietà in favore dei privati già destinatari dell’ordine di confisca. Resta tuttavia la possibilità, qualora ragioni di opportunità e di convenienza consiglino di destinare l’area lottizzata alla edificazione, che l’amministrazione decida di non esercitare in proprio le iniziative

edificatorie e di non conservare la proprietà sui terreni e sui manufatti che eventualmente vi insistono, facendo ricorso ad atti contrattuali volontari ed a titolo oneroso che trasferiscano la proprietà a tutti o parte dei precedenti proprietari”.

[56] Ai sensi dell’art. 30, co. 8, D.P.R. n. 380 del 2001.

[57] Cons. Stato, Sez. II, 27 agosto 2021, n. 6060: nella lottizzazione abusiva “si può prescindere dallo stato soggettivo di buona o mala fede dei lottizzanti, giacché l’illecito si fonda sul dato oggettivo dell’intervenuta illegittima trasformazione urbanistica del territorio”. Id., Sez. VI, 19 luglio 2021, n. 5803: “la giurisprudenza ha chiarito che i principi costituzionali e sovranazionali di buona fede e di presunzione di non colpevolezza invocabili dai contravventori allo scopo di censurare un asserito deficit istruttorio e motivazionale consistente nell’omessa individuazione dell’elemento psicologico dell’illecito contestato possono al più essere spesi al fine dell’applicazione della sanzione penale accessoria della confisca urbanistica contemplata dall’art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 (reputata comunque compatibile con l’art. 7 CEDU dalla Corte europea dei diritti dell’uomo: *Grande Chambre*, 28 giugno 2018, n. 1828), nel mentre l’argomento medesimo non è utilmente invocabile al fine dell’irrogazione della sanzione amministrativa dell’acquisizione coattiva dell’immobile al patrimonio del Comune, contemplata dall’art. 30, comma 8, del D.P.R. n. 380 del 2001, in quanto atto vincolato (cfr. 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)”.

[58] Secondo la sentenza citata alla nota precedente, “i principi costituzionali e comunitari di buona fede e di presunzione di non colpevolezza invocabili dai contravventori allo scopo di censurare un asserito deficit istruttorio e motivazionale consistente nell’omessa individuazione dell’elemento psicologico dell’illecito contestato possono al più utilizzare l’argomento al mero fine dell’applicazione della sanzione penale accessoria della confisca urbanistica contemplata dall’art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 (reputata comunque compatibile con l’art. 7 CEDU dalla Corte europea dei diritti dell’uomo: *Grande Chambre*, 28 giugno 2018, n. 1828), nel mentre l’argomento medesimo non è utilmente invocabile al fine dell’irrogazione della sanzione amministrativa dell’acquisizione coattiva dell’immobile al patrimonio disponibile del Comune, contemplata dall’art. 30, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001, in quanto atto vincolato”.

Nello stesso senso Sez. VI, 19 luglio 2021, n. 5403; Id., Id., 19 luglio 2021, n. 5384; Id., Sez. II, 17 maggio 2019, n. 3196; CGARS, Sez. giur., 8 febbraio 2021, n. 93.

[59] Significativa è la recente sent. 30 luglio 2021, n. 182, che ha enunciato il principio per cui “non si può irrogare una pena senza il giudizio sulla sussistenza di una responsabilità personale”. E che l’acquisizione coattiva al patrimonio comunale di beni di proprietà altrui sia una “pena” secondo il diritto convenzionale non è da mettere in dubbio.

[60] Cons. Stato, Sez. VI, 4 novembre 2021, n. 7380, n. 6.2 della motivazione in diritto. Prima di affermare questo nuovo indirizzo, la sentenza, chissà perché, ha ritenuto di richiamare, dando mostra di dividerlo, l’indirizzo che intendeva superare (n. 6.1). V. anche Id., Id., 19 ottobre 2021, n. 7005.

[61] Sent. ult. cit., n. 6.3 della motivazione in diritto. Viene precisato che “il principio di proporzionalità viene inteso come impedimento dell’Amministrazione di comprimere la sfera giuridica dei destinatari della sua azione in misura maggiore rispetto a quanto sarebbe necessario al raggiungimento dello scopo cui l’azione è preordinata”.

[62] Un indizio si ricava dalla stessa sentenza: da un lato essa stabilisce un criterio che sembra escludere ogni apprezzamento di proporzionalità, affermando che “il ripristino della situazione urbanistica ex ante non pare realizzabile se non ripristinando l’unitarietà della situazione proprietaria”; il che comporta che l’acquisizione deve essere in ogni caso totale; dall’altro lato non si pone nemmeno il problema di verificare se, al posto dell’acquisizione coattiva della proprietà, poteva essere comminata una sanzione meno afflittiva, ad esempio, l’ordine di demolizione delle opere realizzate abusivamente.

[63] Cass. pen., Sez. III, 19 maggio 2016, n.35313; Id., S.U., 30 aprile 2020, n. 13539.

[64] Se la prescrizione matura dopo l’accertamento del fatto, la confisca può essere tranquillamente decisa.

[65] Per la soluzione positiva v. Cass. pen, Sez. III, 27 marzo 2019, n. 31282.

[66] In forza dell’art. 129, co 1, c.p.p. (Cass. pen., S.U., 30 gennaio 2020, n. 13539, n.7 della motivazione in diritto).

[67] Art. 578-bis. c.p.p. (Cass. pen., S.U., n. 13539 del 2020, cit., n. 5 della motivazione in diritto; Cass., Sez. III, n. 8350 del 2019, cit., n. 9 della motivazione in diritto). La Cassazione, non potendo conoscere del fatto, pronuncia l’annullamento con rinvio.

[68] I risultati cui sono pervenute le Sezioni Unite della Cassazione penale sono i seguenti: “la confisca di cui all’art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato purché sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell’ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta detta causa, il giudizio non può, in applicazione dell’art. 129, comma 1, cod. proc. pen., proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento. In caso di declaratoria, all’esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, il giudice di appello e la Corte di cassazione sono tenuti, in applicazione dell’art. 578-*bis* cod. proc. pen., a decidere sull’impugnazione agli effetti della confisca di cui all’art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001” (Cass. pen., S.U., n. 13539 del 2020, cit., n. 8 della motivazione in diritto).

[69] Cass., S.U., n. 13539 del 2020, cit., n. 7.5 della motivazione in diritto: “l’intervento sanzionatorio del giudice penale attuato tramite la confisca è di natura meramente residuale (...) e non interferisce, quindi, né si sovrappone all’autonomo potere principalmente attribuito all’autorità amministrativa dall’art. 30 D.P.R. n. 380 del 2001”. Non esiste “una sorta di pregiudiziale penale”, sicché, “ai fini del provvedimento di acquisizione in via amministrativa in via amministrativa del terreno al patrimonio disponibile del Comune è irrilevante che possa venire a mancare una pronuncia di confisca in sede penale”.

[70] Sent. G.I.E.M., cit., §128.

[71] Ad esempio con i piani di recupero di cui all’art. 27, l. 5 agosto 1978, n. 457.

[72] Fino all’inizio di questo secolo la lottizzazione abusiva si realizzava, secondo la giurisprudenza della Cassazione penale soltanto se la trasformazione del territorio avveniva senza l’autorizzazione comunale o in violazione di essa. A seguito di qualche precedente di segno contrario, con la sentenza delle Sezioni Unite 8 febbraio 2002, n. 5115, l’orientamento è definitivamente cambiato è stato fissato il principio secondo cui “il reato di lottizzazione abusiva è a consumazione alternativa, potendo realizzarsi sia per il difetto di autorizzazione sia per il contrasto con le prescrizioni della legge o degli strumenti urbanistici”.

[73] Rinvio ancora a Simone Lucattini, *Le sanzioni*, cit., *passim*, spec. 230 ss. Osservazioni condivisibili si devono anche a Sergio Perongini, *L’abuso d’ufficio. Contributo a una interpretazione conforme a Costituzione*, Torino, 2020.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2449 – 8 settembre 2022

Carenza sopravvenuta di interesse e interesse alla pronuncia di illegittimità “a fini risarcitori” (commento a Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 13 luglio 2022, n. 8)

di Andreina Scognamiglio

Sommario: 1. Il caso. - 2. Le interpretazioni dell'art. 34, comma 3. - 2.1. La soluzione accolta dalla Plenaria. - 3. Carenza sopravvenuta di interesse nella giurisprudenza anteriore al codice. - 4. Carenza sopravvenuta ex art. 34, comma 3 e principi ispiratori del c.p.a.. - 5. La lettera della norma condiziona tuttavia l'interprete. - 6. La sentenza della Plenaria non scioglie tutti i dubbi riguardanti l'interpretazione dell'art. 34, comma 3. - 7. Alcune (precarie) conclusioni.

1. Il caso

Con sentenza n. 8 del 13 luglio 2022 l'Adunanza Plenaria ha risolto il quesito riguardante l'interpretazione dell'art. 34 c.p.a. nella parte in cui, al comma 3, dispone che “quando nel corso del giudizio l'annullamento del provvedimento impugnato non è più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse a fini risarcitori”.

Nel caso, che ha dato luogo all'ordinanza di rinvio della Sezione IV, n. 945 del 9 febbraio scorso, il Tar del Veneto aveva dichiarato improcedibili per carenza sopravvenuta di interesse i ricorsi proposti da alcuni proprietari avverso le delibere comunali di adozione del Piano di assetto del territorio che aveva dichiarato la non edificabilità di aree di loro proprietà. Nelle more del giudizio era poi intervenuta una disciplina urbanistica, nuova e sostitutiva rispetto a quella esistente al momento della proposizione della domanda, circostanza, quest'ultima, che aveva reso certa e definitiva l'inutilità dell'eventuale annullamento delle delibere impugnate. Il Tar aveva poi ritenuto non essere sorretta da adeguato interesse neppure la

domanda intesa a conseguire una pronuncia di mero accertamento dell'illegittimità delle delibere contestate ai fini di una eventuale futura azione risarcitoria: parte ricorrente si era difatti limitata a dichiarare l'intenzione di proporre con separato e successivo giudizio una domanda per il ristoro dei danni patiti e a versare in atti una perizia per la stima delle perdite asseritamente derivanti dall'imposizione del vincolo di inedificabilità, senza invece dar conto "neppure genericamente" della sussistenza o meno di tutti gli altri elementi costitutivi dell'illecito. Così statuendo il giudice di prime cure aveva dunque aderito all'interpretazione dell'art. 34, comma 3, c.p.a. per la quale, venuto meno nel corso del giudizio l'interesse all'annullamento, è necessaria l'allegazione da parte del ricorrente di tutti i presupposti della successiva domanda risarcitoria perché si concreti l'interesse alla sentenza di mero accertamento dell'illegittimità dell'atto [1].

2. Le divergenti interpretazioni dell'art. 34, comma 3

L'ordinanza di rimessione sintetizza le diverse letture dell'art. 34, comma 3 che sono state di volta in volta proposte da una giurisprudenza invero altalenante e che sono ricondotte a tre diversi indirizzi: a) l'obbligo del giudice di pronunciare sui motivi di ricorso (e quindi di accertate l'illegittimità del provvedimento impugnato) sussiste solo che la parte ricorrente dichiari di avere interesse a detta pronuncia a fini risarcitori[2]; b) per radicare l'interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto è necessario che il ricorrente alleghi tutti i presupposti della successiva domanda risarcitoria[3]; c) al fine di dimostrare l'interesse è, quantomeno, necessario che il ricorrente "*comprovi sulla base di elementi concreti il danno ingiustamente subito*"[4].

Le soluzioni sub b) e c) aprono la strada ad un ulteriore interrogativo sul quale pure la Plenaria è stata chiamata ad esprimersi, ovvero se il giudice debba non esaminare affatto la questione dell'ingiustizia del danno (ovvero i profili di illegittimità del provvedimento) laddove accerti la mancanza degli ulteriori elementi dell'illecito (nesso di causalità, spettanza del bene della vita, elemento soggettivo, danno patrimoniale o non patrimoniale) la cui assenza assumerebbe valore assorbente.

Accanto agli indirizzi sopra sintetizzati è rinvenibile invero nella giurisprudenza una tesi ulteriore e più radicale che l'ordinanza di rimessione pure riporta e per la quale esprime la sua preferenza.[5] Secondo la lettura prediletta dalla IV Sezione, una volta che nel giudizio di annullamento sopraggiunga o venga dichiarata la carenza di interesse della domanda di annullamento dell'atto impugnato, la pronuncia di accertamento della mera illegittimità dell'atto è possibile solo se la domanda risarcitoria sia effettivamente formulata nel medesimo giudizio (qualora il processo penda in primo grado), con la proposizione di motivi aggiunti (notificati dalla parte proprio in previsione della possibile declaratoria di improcedibilità del giudizio, in ragione dell'eccezione di una delle parti resistenti o del rilievo officioso della questione), o con un autonomo ricorso (soluzione, quest'ultima, inevitabile quando la carenza sopravvenuta si verifichi nel giudizio di appello).

A sostegno della tesi l'ordinanza deduce argomenti di ordine letterale e di ordine sistematico. In particolare, l'indicativo impiegato dall'art. 34, comma 3, c.p.a., ("il giudice *accerta* l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori") postulerebbe la concreta sussistenza dell'interesse risarcitorio e dunque l'avvenuta proposizione della

domanda di risarcimento danni. Inoltre se il legislatore avesse voluto davvero consentire la prosecuzione del giudizio solo in vista di una ‘futura’ domanda risarcitoria, non avrebbe adoperato non l’espressione “se sussiste l’interesse ai fini risarcitori”, ma avrebbe impiegato una formulazione diversa. Ad esempio: “*se è dichiarato un (futuro/eventuale) interesse a fini risarcitori?*” o anche “*se sono allegati i presupposti di un (futuro/eventuale) interesse a fini risarcitori?*”.

Sul piano sistematico, l’interpretazione che postula l’avvenuta proposizione della domanda di risarcimento danni è ritenuta poi coerente con la nozione di “interesse” cui il comma 3 fa riferimento e che, in linea di principio, dovrebbe coincidere con l’interesse di cui all’art. 100 c.p.c., e dunque munito dei caratteri della concretezza ed attualità. Non secondario nella motivazione della ordinanza è poi l’argomento utilitaristico ovvero l’esigenza di impiegare con parsimonia la “scarsa” risorsa giurisdizionale che imporrebbe anch’essa una lettura restrittiva dell’art. 34, comma 3.. Uno sperpero di esercizio di giurisdizione si avrebbe infatti laddove si consentisse l’esercizio dell’azione a meri fini esplorativi costringendo il giudice ad esaminare questioni di legittimità complesse che si potrebbero palesare irrilevanti quando poi – nel giudizio a cognizione piena sulla domanda di risarcimento – emerga la mancanza degli ulteriori elementi costitutivi della fattispecie aquiliana.

In ogni caso, ad evitare un accertamento in astratto dell’illegittimità del provvedimento che potrebbe poi rivelarsi inutile o addirittura portare ad una duplicazione di giudizi, sul ricorrente dovrebbe poi quanto meno gravare l’onere di allegare alla domanda di accertamento tutti gli elementi costitutivi della fattispecie dell’illecito (e dunque il nesso di causalità, il giudizio prognostico circa la spettanza del bene della vita, la colpevolezza dall’amministrazione e il danno arrecato al destinatario del provvedimento) così che il giudice possa non pronunciare sui vizi dell’atto ove ritenga insussistente uno degli altri elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria.

2.1. La soluzione della Plenaria

La Plenaria prende le distanze dalle soluzioni suggerite dall’ordinanza di rimessione.

L’argomento legato cioè a supposte ragioni di economia processuale^[6] è respinto in base alla considerazione che le medesime esigenze potrebbero essere addotte a sostegno della tesi opposta: indubbiamente la sentenza di accertamento mero ex art. 34, comma 3, c. p.a. potrebbe anche avere una funzione deflattiva poiché se l’accertamento dell’illegittimità richiesto dal ricorrente dovesse essere negativo l’azione risarcitoria sarebbe preclusa. Al tempo stesso, il giudizio di accertamento mero consentirebbe all’amministrazione autrice dell’atto impugnato, di conoscere anticipatamente se questo sia o meno illegittimo e se vi sono pertanto rischi di esborsi economici, e dunque di assumere le opportune iniziative attraverso il proprio potere di autotutela.

Nella ricostruzione del significato della norma, la Plenaria riconosce invece un valore decisivo al comma quinti dell’art. 30 c.p.a.. La possibilità, consentita dalla norma, di domandare in successione la tutela demolitoria e quella risarcitoria e di attivare il secondo rimedio entro un congruo termine decorrente dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio di annullamento non può essere derogata in via interpretativa. Pertanto non può essere imposto al ricorrente di azionare la tutela risarcitoria immediatamente, pena l’estinzione del processo per carenza sopravvenuta di interesse.

Dimostrata la fallacia della tesi per la quale, una volta venuto meno l'interesse all'annullamento, la pronuncia di accertamento della mera illegittimità dell'atto è possibile solo se la domanda risarcitoria è effettivamente formulata, nel medesimo giudizio o in via autonoma, la Plenaria critica pure la tesi c.d. intermedia per la quale ai fini dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è comunque necessario che il ricorrente alleggi i presupposti della futura eventuale azione risarcitoria. Anche questa soluzione è ritenuta sprovvista di fondamento normativo e tale, comunque, da determinare una sovrapposizione tra le due domande, di annullamento e risarcitoria, che il codice del processo ed in particolare l'art. 30 nel suo complesso considera autonome.

Per la Plenaria l'interpretazione corretta della disposizione controversa è quella che pone i minori ostacoli alla prosecuzione del processo in linea, del resto, con la tendenza propria della giurisprudenza anteriore al codice del processo a considerare restrittivamente le ipotesi di carenza sopravvenuta e a considerare procedibile il ricorso anche in assenza di utilità materiali ricavabili dalla sentenza. Venuto meno l'interesse all'annullamento, il processo deve comunque andare avanti fino alla sentenza di accertamento della legittimità/illegittimità del provvedimento impugnato solo che il ricorrente manifesti detto interesse, con semplice dichiarazione da rendersi nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 c.p.a..

3. La giurisprudenza anteriore al codice

Il rinvio operato dalla IV Sezione ha offerto (alla Plenaria) l'occasione di tornare [7] sul tema dell'interesse a ricorrere riguardato, in questo caso, sotto il particolare angolo di visuale della permanenza di detto interesse, una volta che l'annullamento dell'atto impugnato non sia più in grado di fornire al ricorrente una utilità concreta.

Che l'esito di una siffatta vicenda non sia scontatamente quello di una pronuncia in rito di improcedibilità per carenza sopravvenuta di interesse è acquisizione già raggiunta dalla giurisprudenza anteriore alla entrata in vigore del codice e pure in mancanza di una disposizione che espressamente prevedesse la perseguibilità del processo.

La massima costante di quella più risalente giurisprudenza limitava la possibilità di chiudere il processo con sentenza di rito dichiarativa della improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse ai casi nei quali il mutamento della situazione di fatto o di diritto intervenuto nelle more del giudizio avesse fatto venir meno con assoluta certezza una qualsiasi utilità, anche se solo strumentale o morale[8], ad ottenere la pronuncia in merito sul ricorso [9].

E, in mancanza di una esplicita dichiarazione di carenza sopravvenuta da parte del ricorrente, altrettanto costante è, in quella giurisprudenza, l'avvertenza di dover il giudice valutare con la massima attenzione la persistenza dell'interesse alla decisione di merito e a considerare anche le possibili ulteriori iniziative in ipotesi attivabili da parte attrice per ottenere comunque un risultato positivo tramite il processo intentato. In particolare, a prescindere dall'effetto eliminatorio del provvedimento impugnato (la cui utilità è esclusa per le sopravvenienze), la giurisprudenza affermava di doversi tener conto di tutti i possibili effetti conformativi e ripristinatori della sentenza di accoglimento del ricorso e anche di quelli solo propedeutici a future azioni rivolte al risarcimento del danno[10].

In definitiva, l'assetto dell'istituto della carenza sopravvenuta proprio della fase antecedente al codice si incentra su due punti: la verifica del residuo interesse può essere condotta dal giudice anche d'ufficio [11]; la gamma degli interessi che giustificano la prosecuzione del processo è ampia perché la declaratoria di improcedibilità non deve trasformarsi in un sostanziale diniego di giustizia né può consentire al giudice di eludere l'obbligo di pronunciare nel merito sulla domanda[12].

Al fondo di questo indirizzo interpretativo vi è indubbiamente l'idea che il processo ed il ricorso di legittimità che sono sicuramente finalizzati alla tutela di situazioni soggettive del singolo assolvono però anche una funzione di diritto oggettivo, di tutela della legalità, e che l'utilità di tale funzione può prescindere dall'interesse all'annullamento.

4. L'interpretazione dell'art. 34, comma 3 orientata ai principi ispiratori del c.p.a.

La disposizione contenuta nell'art. 34, comma 3, c.p.a. recepisce dalla giurisprudenza precedente l'idea che la sopravvenuta "inutilità" della tutela di annullamento non comporta necessariamente una pronuncia di improcedibilità per carenza sopravvenuta di interesse. Al tempo stesso la norma restringe il campo dei possibili residui interessi ad una pronuncia di merito (che è però di mera dichiarazione della illegittimità dell'atto impugnato) al solo interesse "risarcitorio". La norma assume dunque un significato più evidente se letta in negativo, alla luce della giurisprudenza precedente: non è sufficiente a proseguire il processo la prospettazione di un interesse solo morale o dell'interesse alla affermazione della soluzione conforme al diritto. Deve sussistere, invece, un "interesse risarcitorio".

Ma, al di là delle più o meno significative novità ricavabili dalla formulazione letterale della norma, sulle quali mi soffermerò più tardi, innegabilmente mutato dal codice è il contesto nel quale questa si colloca e che inevitabilmente orienta l'interprete. Il contesto è segnato da una irrobustita visione soggettiva del processo amministrativo come processo su impulso di parte e finalizzato alla tutela di situazioni soggettive della parte ricorrente[13]. Alla stregua di tale concezione, risulta in primo luogo inaccettabile l'idea di una officiosa conversione della domanda di annullamento in domanda per la mera declaratoria dell'illegittimità dell'atto[14]. Un'ulteriore posizione di principio che condiziona l'interpretazione dell'art. 34, comma 3 è quella della conclamata autonomia della azione risarcitoria, che rinnega l'indifettabilità di una previa pronuncia di annullamento ai fini della proposizione della domanda risarcitoria[15] e invece ammette che l'indagine sulla illegittimità possa essere condotta autonomamente in sede di accertamento del danno (concretando l'illegittimità il requisito della ingiustizia)

Il mutato contesto incide in misura notevole sull'interpretazione dell'art. 34, comma 3 c.p.a. e sulla individuazione dei presupposti per la pronuncia di improcedibilità per carenza sopravvenuta di interesse.

La concezione soggettiva del processo amministrativo porta al superamento di un assunto essenziale nella precedente costruzione giurisprudenziale dell'istituto che contemplava la verifica anche d'ufficio della attualità di un qualsivoglia interesse alla decisione. La verifica dell'interesse e dunque la conversione officiosa dell'azione di annullamento in azione per la mera declaratoria dell'illegittimità dell'atto non è espressamente consentita dall'art. 34,

comma 3 ed è oggi dai più ritenuta inaccettabile in un processo retto sul principio della domanda^[16].

Il riconoscimento della autonomia della azione risarcitoria e della possibilità di esperire questa forma di tutela dinanzi al giudice amministrativo porta poi a ritenere che, una volta venuta meno, per il mutato contesto di fatto o di diritto, l'utilità della tutela demolitoria, a giustificare la prosecuzione del giudizio fino alla sentenza di merito non è sufficiente un interesse qualsiasi, anche solo morale, alla decisione^[17]. Si afferma così nella giurisprudenza la massima secondo la quale anche l'interesse morale in tanto rileva, ai fini della prosecuzione del giudizio (sia pure mirato alla mera declaratoria di illegittimità) in quanto questo venga dedotto per dimostrare la sussistenza dei presupposti per la proposizione di una, anche successiva, azione risarcitoria per danno non patrimoniale nella forma del danno morale ovvero di un danno anche di natura diversa correlato alla tipologia di diritto della persona che viene in rilievo^[18].

In definitiva, i principi ispiratori del codice del processo amministrativo orientano l'interpretazione dell'art. 34, comma 3 nel senso di rendere pressoché inevitabili due prime acquisizioni: la conversione della tutela di annullamento in tutela di accertamento dell'illegittimità richiede la domanda di parte; il solo interesse che è deducibile per evitare la chiusura della causa in rito, con sentenza di improcedibilità per dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse, ed è quello di natura risarcitoria.

5. La lettera della norma condiziona tuttavia l'interprete

Se i principi giocano la loro parte nella interpretazione dell'art. 34, comma 3, l'interprete (e anche il giudice^[19]) è però inevitabilmente vincolato dal tenore testuale delle disposizioni del codice che non può essere stravolto^[20].

Dalla lettera delle disposizioni del codice risultano allora alcuni punti fermi: laddove venga meno l'interesse all'annullamento (che per ragioni di fatto si riveli non più soddisfacente per il ricorrente) e però sussiste un interesse di natura risarcitoria, il processo non è necessariamente destinato a chiudersi con sentenza di rito. Il ricorrente può chiedere che il giudice accerti l'illegittimità/legittimità del provvedimento asseritamente lesivo e fonte di danno.

Alla conclusioni sopra raggiunte circa la portata dell'art. 34, comma 3 (necessità dell'istanza di parte sorretta da un interesse risarcitorio) un ulteriore dato, per così dire di segno negativo è ancora desumibile dal testo della norma: la prosecuzione del processo non è subordinata alla avvenuta proposizione della domanda di risarcimento danni (nello stesso o in separato giudizio) per la semplice ragione che detta condizione non è prevista dalla norma. Inoltre, laddove – su impulso di parte – il processo vada avanti, è previsto che il medesimo si concluda con una sentenza dichiarativa dell'illegittimità e non già di condanna al risarcimento dei danni. Ciò significa che la domanda di risarcimento non è stata proposta. Altrimenti, per il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il giudice sarebbe tenuto ad emettere sentenza di condanna al risarcimento e non già sentenza di accertamento dell'illegittimità.

Ancora la lettera dell'art. 34 comma 3, impone di escludere che un interesse qualsiasi sia sufficiente a sorreggere l'istanza alla sentenza di merito.

A detta opzione ermeneutica si oppone non solo il requisito della attualità e concretezza dell'interesse al ricorso^[21] ma pure il disposto dell'art. 34, comma 3, che inequivocabilmente richiede che sia dedotto un "interesse risarcitorio" perché il processo prosegua, e dell'art. 35, comma 1, lett. c), che contempla la chiusura del processo con pronuncia di improcedibilità per carenza sopravvenuta di interesse quale possibile esito del ricorso. Quest'ultima norma risulterebbe svuotata di contenuto ove si ammettesse che il processo debba invece proseguire fino alla sentenza di merito a fronte di una mera dichiarazione della parte di voler intentare l'azione risarcitoria.

6. La sentenza della Plenaria non scioglie tutti i dubbi riguardanti l'interpretazione dell'art. 34, comma 3

La lettura aderente ai principi e al dato testuale dell'art. 34, comma 3, consente dunque di circoscrivere le possibili interpretazioni della disposizione controversa lasciando irrisolto un solo aspetto. Il punto che appare realmente incerto concerne l'espressione "interesse (ad una pronuncia dichiarativa dell'illegittimità) a fini risarcitori". In particolare viene da chiedersi quali siano gli elementi che il ricorrente è tenuto a dedurre al fine di dimostrare detto interesse.

Sul significato e sul contenuto dello "interesse a fini risarcitori" la Plenaria invece non si sofferma in base all'assunto che a determinare l'obbligo del giudice di pronunciare nel merito sulla domanda è sufficiente la mera dichiarazione del ricorrente di avervi interesse.

Si tratta di una impostazione che però non è del tutto convincente. Rispetto ad essa restano a mio avviso valide le perplessità espresse dalla ordinanza di rimessione circa la coerenza dell'interpretazione che ritiene sufficiente la mera dichiarazione di interesse alla pronuncia con la costante lettura dell'art. 100 c.p.c. la quale postula l'attualità e la concretezza dell'interesse al ricorso.

Non è allora da escludere che, al di là della mera dichiarazione di intenzione di parte ricorrente, la questione se in concreto sussiste o meno l'interesse a fini risarcitori dovrà essere affrontata nel processo al fine di decidere se questo debba (o meno) proseguire fino alla pronuncia di accertamento della legittimità/illegittimità dell'atto impugnato. Emblematica una sentenza del Consiglio di Giustizia amministrativa Regione Sicilia^[22] di pochi giorni successiva alla pronuncia della Plenaria. Al fine di decidere della prosecuzione, o meno, del giudizio sino alla pronuncia di accertamento dell'illegittimità del provvedimento al fine della tutela risarcitoria per equivalente, i giudici siciliani sono andati oltre la dichiarazione resa dal ricorrente e si sono spinti ad accertare la concretezza dell'interesse risarcitorio verificando accuratamente la consistenza del danno lamentato e la riconducibilità del medesimo al provvedimento, asseritamente illegittimo.

Sul punto, vale allora la pena di ricordare le soluzioni offerte dalla giurisprudenza che sono raggruppabili in tre indirizzi distinti^[23]: a) l'interesse alla pronuncia dichiarativa dell'illegittimità a fini risarcitori si concreta solo che il ricorrente dimostri che il pregiudizio

subito presenta una consistenza economica così da giustificare la futura proposizione di una domanda risarcitoria; b) l'interesse ad una decisione nel merito, in luogo delle decisioni di improcedibilità, sussiste se il ricorrente allega tutti gli elementi costitutivi della fattispecie dell'illecito, nesso di causalità, spettanza del bene della vita, elemento soggettivo, oltre al danno patrimoniale o non patrimoniale; c) l'interesse risarcitorio sussiste se il giudice accerta positivamente l'esistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie dell'illecito (con la conseguenza –si precisa nell'ordinanza - che il giudice potrebbe non esaminare affatto i profili di illegittimità del provvedimento in caso di accertata mancanza degli ulteriori elementi dell'illecito. La mancanza di ognuno di questi assumerebbe, infatti, valore assorbente).

Evidentemente è da scartare la posizione più estrema, sopra sintetizzata sub c), la quale incorre in una evidente confusione tra i profili relativi alla ammissibilità della domanda che va valutata in astratto, sia pure alla luce degli elementi di fatto adottati dalla parte ricorrente, e quelli inerenti alla sua fondatezza/infondatezza nel merito^[24].

Restano allora in campo le tesi sopra sintetizzate sub a) e sub b) che prospettano con diversa ampiezza l'onere di allegazione a carico della parte ricorrente: se, per dimostrare l'interesse risarcitorio, il ricorrente possa limitarsi ad affermare il pregiudizio di cui invoca il ristoro e la perdita che lamenta di aver subito o se debba invece allegare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie dell'illecito.

Un punto fermo è segnato dai principi sopra evocati e dai caratteri propri del processo amministrativo: una volta venuta meno l'utilità derivabile dall'annullamento, non è comunque sufficiente a sorreggere la prosecuzione del giudizio l'interesse alla legittimità, alla affermazione, cioè, di quella che è la soluzione conforme a diritto, così come non è sufficiente un interesse solo morale che potrebbe al limite coincidere con la mera soddisfazione di un sentimento di giustizia.

Per definire, poi, in positivo quando può parlarsi di "interesse risarcitorio" e la consistenza dell'onere di allegazione a carico del ricorrente qualche indicazione può essere tratta dalla giurisprudenza del giudice ordinario in tema di proponibilità della domanda di risarcimento. Si potrebbe, invero, obiettare che l'art. 34, comma 3 riferisce l'interesse risarcitorio alla proponibilità di una domanda di accertamento dell'illegittimità e non di risarcimento. Ma, quel che è certo è che l'onere di allegazione a carico di chi chiede l'accertamento della illegittimità, a fini risarcitori, non può essere più esteso di quello che incombe su chi propone una domanda di risarcimento danni.

Per la giurisprudenza del giudice ordinario, l'onere di allegazione a carico di chi propone una azione di risarcimento danni consiste nella indicazione analitica e rigorosa dei fatti materiali che egli assume essere stati fonte di danno e nella indicazione dei danni subiti. Così ad esempio è ritenuta insufficiente a radicare il potere/dovere del giudice di pronunciare sulla domanda l'abusata formula di stile consistente nella richiesta di risarcimento dei danni "subiti e subendi". Questa è considerata come non apposta poiché non mette né il giudice, né il convenuto, in condizione di sapere di quale concreto pregiudizio si chieda il ristoro ^[25]. E' vero pure che, nella giurisprudenza del giudice ordinario, la mancata indicazione del pregiudizio di cui in concreto si chiede il ristoro non è censurata tanto alla stregua dell'art. 100 c.p.c., e dunque non espone alla conseguenza di rendere la domanda inammissibile per carenza di interesse, quanto piuttosto alla stregua dell'art. 163 c.p.c... Restano comunque, a

mio avviso, utilizzabili le indicazioni circa l'ampiezza dell'onere di allegazione a carico del ricorrente.

A conclusioni non dissimili conducono pure il quadro concettuale in tema di interesse a ricorrere elaborato da una copiosa giurisprudenza del giudice amministrativo e la casistica che da quella giurisprudenza emerge. E' vero che l'elaborazione concettuale e casistica sono essenzialmente riferite all'azione di annullamento e l'utilità che la giurisprudenza predica come necessaria a radicare l'interesse a ricorrere è definita con riferimento all'esito della (eventuale) eliminazione dell'atto impugnato. E' però significativo che nel caso della azione di annullamento, l'interesse a ricorrere si concreta non solo ove sia prospettata "*una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente*", ma richiede pure che nei fatti risulti una "*effettiva utilità dell'eventuale annullamento dell'atto impugnato*"^[26].

Allo stesso modo si potrebbe sostenere che l'effettiva utilità della pronuncia dichiarativa dell'illegittimità a fini risarcitori sussiste solo ove sia quanto meno dimostrato un danno riconducibile al provvedimento del quale si predica l'illegittimità.

7. Alcune (precarie) conclusioni

Da quanto sopra osservato è possibile trarre alcune conclusioni, che definirei, però, *precarie* perché non del tutto in linea con la massima della Plenaria.

L'interpretazione dell'art. 34, comma 3 c.p.a. coerente con i principi e con la lettera delle disposizioni del codice del processo sembra essere quella per la quale, divenuta "inutile" la tutela demolitoria a causa di sopravvenienze di fatto o di diritto, il giudice è tenuto tuttavia ad emettere sentenza di merito di accertamento della illegittimità del provvedimento su domanda del ricorrente^[27] solo che questi deduca di avere subito un pregiudizio per effetto del provvedimento impugnato e che questo è astrattamente riparabile per equivalente monetario^[28].

Un aspetto merita forse di essere ancora chiarito. Ci si potrebbe cioè chiedere se la domanda di risarcimento dei danni possa essere, in alternativa, proposta in via autonoma, in un successivo giudizio. La soluzione positiva è a mio avviso preferibile. Infatti la sentenza dichiarativa della carenza sopravvenuta resta una sentenza in rito e non può essere attribuito ad essa alcun contenuto di accertamento nel merito della fondatezza/infondatezza della pretesa. Con la conseguenza che l'autonoma domanda di risarcimento danni risulterà preclusa solo ove il giudice accerti la legittimità del provvedimento in origine impugnato, così escludendo l'ingiustizia del danno lamentato. Se, invece, il processo si chiude con la declaratoria di carenza sopravvenuta di interesse, la domanda di risarcimento danni potrà essere proposta successivamente nel rispetto del termine di centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di mera improcedibilità del ricorso.

[1] Il T.a.r. Veneto, 27 agosto 2020, n.768, punto 10) della motivazione precisa che l'allegazione da parte del ricorrente di tutti i presupposti della domanda di risarcimento danni è necessaria per di consentire alle parti di contraddire sul punto e al giudice di formarsi in proposito un adeguato convincimento, non risultando a tal fine sufficiente la mera dichiarazione dell'intenzione di proporre una domanda per il ristoro dei danni subiti.

[2] Cons. Stato, Sez. V, 29 gennaio 2020, n. 727; Cons. Stato, Sez. V, 2 luglio 2020, n. 4253; Sez. V, 17 aprile 2020, n. 2447; Sez. VI, 4 maggio 2018, n. 2651; Sez. IV, 5 dicembre 2016, n. 5102; Sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2979; Sez. V, 24 luglio 2014, n. 3939; Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1231; Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6539.

[3] Cons. Stato, Sez. VI, 11 ottobre 2021, n. 6824; Sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1059; Sez. II, 5 ottobre 2020, n. 5866; Sez. III, 22 luglio 2020, n. 4681; Sez. III, 29 gennaio 2020, n. 736; Sez. IV, 17 gennaio 2020, n. 418; Sez. III, 8 gennaio 2018, n. 5771; Sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1214; sez. IV, 18 agosto 2017, n. 4033; Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1023; Sez. IV, 28 dicembre 2012, n. 6703)

[4] Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1214; e, forse, anche Cons. Stato, Sez. III, 29 gennaio 2020, n. 736

[5] In questo senso, Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916 e 4 febbraio 2013, n. 646; Cons. Stato, sez. VI, 18 luglio 2014, n. 3848; Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 2014, n. 3939; Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5674, nonché Tar Milano, sez. III, 4 febbraio 2011, n. 353; sez. II, 4 novembre 2011, n. 2656; Tar Lazio, sez. III *ter*, 28 ottobre 2014, n. 10797; Tar Napoli, sez. VI, 23 ottobre 2014, n. 5460 e ancora Tar Milano, sez. II, 14 febbraio 2017, n. 621.

[6] Il rilievo che fa leva su esigenze di economia processuale per escludere la percorribilità di una pronuncia di accertamento dell'illegittimità che è l'argomento abbondantemente speso nell'ordinanza di rimessione non è del resto nuovo. In giurisprudenza, in particolare, per T.a.r. Lombardia, Brescia, 12 marzo 2013, n. 252 si rivela contrario al principio di economia processuale - e per logica conseguenza potrebbe confliggere anche col principio di ragionevole durata dei processi - un accertamento dell'illegittimità dell'atto compiuto in totale assenza della domanda risarcitoria. Aderisce, in dottrina, a questa impostazione g. invernici, *I problemi applicativi dell'art. 34, comma 3 del codice del processo amministrativo* in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 1320. *Contra* n.paolantonio, *Commento al l'art. 34*, in g.morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 537 ss. il quale osserva, e il rilievo non è privo di buon senso, che, una volta istruita la domanda di annullamento ed emersa l'illegittimità degli atti gravati, costituirebbe inutile spreco di risorse giudiziarie rinviare ad un futuro autonomo giudizio risarcitorio anche la cognizione di questi aspetti. Alla critica aderisce pure m. silvestri, *Sull'abolizione pretoria dell'art. 34, comma 3 c.p.a.cit.*, 1498.

[7] A breve distanza dai due noti precedenti, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 9 dicembre 2021, n. 22; Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2022, n.3.

[8] La massima è assolutamente costante, vedi nota successiva. Ma i precedenti in cui in concreto si è ravvisato un interesse solo "morale" alla decisione sono piuttosto rari. Un caso curioso è quello deciso dal T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 30 ottobre 1990, n. 552 in cui i giudici hanno ravvisato un interesse "morale" alla decisione del ricorso elettorale proposto da un candidato al consiglio regionale, primo dei non eletti, ancorché il medesimo fosse poi stato nominato consigliere regionale a causa del decesso di uno degli eletti della lista. A ben vedere poi, accanto all'interesse morale del candidato ad essere proclamato eletto in forza della manifestazione diretta della volontà popolare e non per il meccanismo indiretto del subentro, i giudici partenopei riconoscono anche qui peso, al fine di escludere la carenza sopravvenuta di interesse, al più concreto interesse materiale a godere dei benefici connessi alla carica (indennità, trattamento previdenziale ecc.) con effetto retroattivo dal momento dell'insediamento del nuovo consiglio regionale e non dal momento, necessariamente successivo, del suo subentro al consigliere deceduto.

[9] Cons. Stato sez. IV, 09/09/2009, n.5402; Cons. Stato sez. IV, 12/03/2009, n.1431; C.G.A. Sicilia, sez. giurisd., 21 settembre 2006, n. 530; C.d.S., Sez. IV, 22 novembre 2004, n. 7620.

[10] Cons. Stato,, sez. V, 28 giugno 2004, n. 4756, nell'escludere che la revoca ex nunc dell'ordinanza sindacale di sospensione della licenza per l'esercizio dell'attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande determini l'improcedibilità del ricorso per ragioni di rito residuando invece l'interesse alla declaratoria di illegittimità fin dall'origine dell'atto impugnato a fini risarcitori, ribadisce "pertanto il giudice deve di volta in volta verificare le concrete conseguenze del nuovo atto sul rapporto preesistente, al fine di stabilire se, nonostante il suo sopravvenire, l'eventuale sentenza di accoglimento del gravame, a prescindere dal suo contenuto eliminatorio del provvedimento impugnato, possa - o meno - comportare ulteriori effetti conformativi, ripristinatori o anche solo propedeutici a future azioni rivolte al risarcimento del danno. Merita, pertanto, di essere precisato che la concreta individuazione dei casi di sopravvenuta carenza d'interesse al ricorso giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo precludendo la disamina del merito della controversia, dev'essere condotta secondo criteri assai rigorosi".

[11] La tesi favorevole alla conversione anche d'ufficio della domanda di annullamento osserva invero che l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è comunque contenuto nel petitum di annullamento come un antecedente necessario: "siccome il più contiene il meno, il giudice limita d'ufficio la sua pronuncia ad un contenuto di accertamento dell'illegittimità, in relazione alla pretesa risarcitoria, giacché manca l'interesse all'annullamento ma sussiste l'interesse ai fini risarcitori", così tra le tante Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817.

[12] Anche su questo punto la giurisprudenza è assolutamente costante: C.d.S., sez. IV, 21 agosto 2003, n. 4699; T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 26 aprile 2006, n. 1066.

[13] Per G.D. Comporti, *Una battuta d'arresto per gli annullamenti a geometria variabile*, in Giur.it. 2015, 1695, il potere di accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato ai soli fini risarcitori prevista dall'art. 34, 3 comma, c.p.a.va necessariamente coniugato con il principio della domanda e con il corollario del principio dispositivo in ordine alla prova dei fatti posti a fondamento della stessa

[14] La tesi della convertibilità d'ufficio non resiste ad una lettura orientata al principio della domanda il quale implica altresì quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato così m. silvestri, *Sull'abolizione pretoria dell'art. 34, comma 3 c.p.a.. Ovvero dell'irrisarcibilità del danno per lesione del diritto all'istruzione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 1505.

[15] Che la giurisprudenza più risalente muova dal presupposto della necessità di una previa pronuncia sull'illegittimità dell'atto ai fini della successiva proposizione della domanda di risarcimento risulta da C.d.S., sez. V 27.12. 2010 n. 9395. In una fattispecie nella quale era stata impugnata la delibera di organizzazione di reparto ospedaliero che aveva di fatto asseritamente provocato il demansionamento del ricorrente ed era poi nelle more del giudizio sopravvenuto il collocamento a riposo del ricorrente, il Consiglio di Stato ritiene che "l'appellante conservi un interesse attuale all'annullamento del provvedimento impugnato (pur se di natura organizzatoria), anche in seguito al suo collocamento in pensione, perché il mancato apprezzamento della legittimità o meno dello stesso (essendo di ostacolo all'apprezzamento della ingiustizia del danno o della illiceità della condotta tenuta dall'Amministrazione) frustrerebbe comunque il suo interesse strumentale a dimostrare il danno al suo prestigio professionale subito nel corso della sua attività fintantoché l'atto impugnato ha spiegato i suoi effetti, al fine di ottenerne, anche in separata sede, il risarcimento".

[16] La tesi, semplicemente etichettata come "risalente" nella ordinanza 945, non è in effetti neppure esaminata.

[17] Per C.d.S., sez. IV, 30 marzo 2021, n. 3669, il rischio insito nella accettazione dell'idea della sufficienza di un mero interesse morale alla decisione è quello di trasformare quella amministrativa in una sorta di giurisdizione di diritto oggettivo e sul punto rinvia a C.d.S., Ad. plen., n. 1 del 28 gennaio 2015 e Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1603.

[18] C.d.S. sez. VI, 11 ottobre 2021, n. 6824 e T.a.r. Campania, Salerno, 28 febbraio 2022, n. 582.

[19] Vi è tutto un recente filone giurisprudenziale, maturato con riferimento alla questione della appellabilità o meno del decreto presidenziale monocratico, per il quale è lo stesso art. 101, secondo comma, della Costituzione, ai sensi del quale "I giudici sono soggetti soltanto alla legge", a sancire la prevalenza della interpretazione testuale al cospetto d'una preclara formulazione della normativa applicabile, in tal senso Cons. Stato, sez. IV, decreto 29 aprile 2022, n. 1962 in questa *Rivista* con nota di M. Sforza, *Tutela cautelare monocratica. Il Consiglio di Stato torna ad affermare l'inappellabilità del decreto presidenziale ex art. 56 c.p.a.* e ancora Cons. Stato, sez. IV decreto 4 luglio 2022, n. 3114. Ammonisce F. Francario, *Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in questa *Rivista* 28 febbraio 2022 che pure nell'esercizio della nomofilachia il giudice resta sub lege e dunque necessariamente ancorato al dato testuale della norma..

[20] Che l'interprete non possa prescindere dal dato letterale è più volte sottolineato dalla stessa Plenaria n. 8/22.

[21] Sul quale correttamente richiama l'ordinanza di rimessione alla Plenaria. Ma in tal senso, vedi già in dottrina m. silvestri, *Sull'abolizione pretoria dell'art. 34, comma 3 c.p.a.*, cit., 1509 il quale osserva che la tesi per la quale sarebbe sufficiente a proseguire il giudizio per l'accertamento dell'illegittimità la mera intenzione della parte di voler intentare l'azione risarcitoria elude, in qualche modo, elude la stessa esigenza da sempre predicata di un interesse concreto ed attuale al ricorso.

[22] C.g.a., sez. giur., 21 luglio 2022, n. 851.

[23] E correttamente individuati dalla ordinanza di rimessione.

[24] La verifica dell'interesse a ricorrere prescinde del tutto dall'accertamento effettivo della sussistenza della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio. Su questi aspetti, M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 170.

[25] Così Cass. civ. 30 giugno 2015, n. 13328 in Resp. Civ. e previdenza, 2015, 1990. La sentenza enuncia il principio con riferimento ad un caso di responsabilità medica nel quale la ricorrente pretendeva di vedersi risarciti i costi di un intervento chirurgico resosi necessario a seguito delle cure sbagliate assumendo che detta pretesa fosse implicita nella richiesta di risarcimento dei danni “subiti e subendi”. Per la Suprema Corte una domanda così formulata deve ritenersi tamquam non esset per la sua genericità e quindi il giudice investito della decisione non solo non può, ma anzi non deve esprimersi in merito. In termini, vedi ancora Cass. civ., 18 gennaio 2012, n. 691, ove la massima secondo la quale “le allegazioni che devono accompagnare la proposizione di una domanda risarcitoria non possono essere limitate alla prospettazione della condotta in tesi colpevole della controparte (...), ma devono includere anche la descrizione delle lesioni, patrimoniali e/o non patrimoniali, prodotte da tale condotta, dovendo l'attore mettere il convenuto in condizione di conoscere quali pregiudizi vengono imputati al suo comportamento, e ciò a prescindere dalla loro esatta quantificazione e dall'assolvimento di ogni onere probatorio al riguardo”; Cass. civ., 18 gennaio 2012, n. 69; Cass. civ., 13 maggio 2011, n. 10527; Cass. Sez. Un. civ., 17 giugno 2004, n. 11353; Trib. Roma, sez. VI, 31 gennaio 2018, n. 2415; T.a.r., Lazio, sez. III^{quater}, 5 giugno 2019, n. 7217.

[26] Cons. Stato, Ad. plen. n. 4/2018, punto 16.8; ribadito da Cons. Stato, Ad. plen., n. 22/2021, punto 5

[27] Probabilmente l'istanza andrebbe notificata poiché comunque determina una modifica del thema decidendum, se non si condivide la tesi per la quale la domanda di accertamento dell'illegittimità è “compresa” per continenza in quella di annullamento. Posizione questa condivisa dalla giurisprudenza “risalente” e che – come già detto – giustificerebbe la conclusione della convertibilità d'ufficio.

[28] Ristretto l'onere di allegazione a carico del ricorrente alla affermazione di aver subito un danno risarcibile per equivalente monetario e alla descrizione della perdita subita, si osserverà forse che il filtro dell’“interesse risarcitorio” non opera una selezione adeguata con il rischio che il processo sia portato avanti fino alla sentenza di accertamento della legittimità/illegittimità a meri fini esplorativi. Ma all'argomento che fa leva su esigenze di economia processuale non può accordarsi un peso decisivo come correttamente rilevato dalla Plenaria in commento.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2178 – 9 febbraio 2022

Sulla sindacabilità della certificazione medica di esonero vaccinale: il principio del controllo non meramente formale sulla sussistenza delle condizioni esoneratrici posto dal Consiglio di Stato e disatteso dalla normativa sopravvenuta (nota a Cons. St., sez. III, 20 dicembre 2021, n. 8454)

di Simone Serio

Sommario: 1. Premessa: il giudice amministrativo e la legislazione emergenziale anti-COVID in tema di vaccinazione obbligatoria - 2. La questione sottoposta al Consiglio di Stato - 3. La normativa di riferimento e la soluzione interpretativa prospettata dai giudici di Palazzo Spada - 4. Brevi considerazioni conclusive.

1. Premessa: il giudice amministrativo e la legislazione emergenziale anti-COVID in tema di vaccinazione obbligatoria

La sentenza in commento si inserisce nell'ambito di una serie di pronunce con le quali il giudice amministrativo ha avuto modo di affrontare questioni, di scottante attualità, nate sull'onda dell'emergenza epidemiologica tuttora in corso e che rimandano al tema sensibile del rapporto fra il valore costituzionale della libertà di autodeterminazione dell'individuo con riguardo alla sfera della propria salute e quello della tutela della salute pubblica.

Tali decisioni hanno avuto in molti casi origine da ricorsi presentati da lavoratori del settore della sanità avverso provvedimenti che, in applicazione della normativa in tema di vaccinazione obbligatoria anti-COVID selettiva, prevista cioè esclusivamente per il personale sanitario o di interesse sanitario, operante nella sanità pubblica ed in quella privata, avevano

disposto nei confronti di quegli operatori che non avessero ottemperato all'obbligo vaccinale l'adozione delle misure ricollegate dalla legge a tale inosservanza^[i].

Detti ricorsi, con cui si sono impugnati in prevalenza i provvedimenti di sospensione dal servizio per inosservanza dell'obbligo di vaccinazione adottati in ragione dell'impossibilità di assegnazione del lavoratore a mansioni diverse^[ii], sono stati il più delle volte rigettati dagli organi giurisdizionali aditi, i quali si sono espressi nel senso che, a fronte di crisi sanitarie che rappresentano una grave minaccia per la salute di tutti e di ciascuno - quale è quella concretizzata dalla pandemia di COVID-19 -, l'interesse della collettività alla salute assurge al rango di valore superiore, idoneo a giustificare il sacrificio anche del diritto all'autodeterminazione riguardo alla propria salute^[iii]; nell'aderire a siffatta prospettazione ermeneutica il giudice amministrativo ha mostrato di muovere dalla considerazione per la quale le normative di carattere emergenziale, di cui quella in materia di vaccinazione obbligatoria in funzione di contrasto della pandemia è un relevantissimo esempio, costituiscono il risultato di un bilanciamento, operato dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità politica, volto a far prevalere, in ragione appunto dell'eccezionalità della situazione disciplinata, l'istanza solidaristica sottesa al disposto costituzionale dell'art. 32; istanza che giustifica, in nome della salvaguardia della salute pubblica, l'imposizione di limiti stringenti ad altri interessi pur costituzionalmente rilevanti, ma afferenti alla dimensione prettamente individuale della persona^[iv].

La decisione qui annotata affronta un peculiare aspetto della disciplina legislativa in tema di obbligo vaccinale imposto al personale sanitario; con essa, infatti, i giudici di Palazzo Spada hanno fatto il punto sul potere di controllo spettante all'amministrazione sanitaria sulla sussistenza delle condizioni che, per legge, sono idonee ad esonerare dall'adempimento di tale obbligo.

Tuttavia, come emergerà dal prosieguo della trattazione, il principio evincibile dal *decisum* in esame è suscettibile oramai di applicazione esclusivamente alle vicende disciplinate, *ratione temporis*, in base alla legislazione preesistente al d.l. 26 novembre 2021, n.172, che significative modifiche ha arrecato all'originario articolato normativo.

2. La questione sottoposta al Consiglio di Stato

La pronuncia *de qua* ha tratto origine dall'appello proposto da un medico convenzionato presso una asl avverso la sentenza con cui il Tribunale amministrativo regionale dallo stesso adito aveva rigettato il ricorso per l'annullamento degli atti, adottati dall'asl competente, di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale e di conseguente sospensione dell'operatore sanitario dal servizio senza corresponsione di retribuzione.

Nella sentenza appellata il giudice di prime cure aveva respinto il motivo di ricorso con cui veniva denunciata la violazione dell'art. 4, co. 2, d.l. n. 44/2021, che, a fronte della certificazione, ad opera di un medico di medicina generale, di «specifiche condizioni cliniche documentate» e tali da configurare un «accertato pericolo per la salute» individuale, consente che la vaccinazione venga omessa o differita ed esclude, pertanto, il relativo obbligo; lamentava infatti il ricorrente che le misure disposte nei suoi confronti fossero illegittime, in

quanto adottate pur avendo egli ottemperato agli adempimenti di legge previsti per il riconoscimento dell'esenzione dall'obbligo vaccinale.

In particolare, l'infondatezza della censura veniva motivata dal giudice adito in primo grado sulla base della rilevata non conformità delle due certificazioni di esenzione, trasmesse alla asl in momenti distinti, alle modalità previste dall'art. 4, co. 2, d.l. n. 44 cit., atteso che esse si erano limitate ad attestare genericamente che il ricorrente era affetto da patologie non rientranti fra quelle oggetto di sperimentazione da parte delle aziende farmaceutiche produttrici dei vaccini anti-COVID, senza essere pertanto accompagnate dall'indicazione delle «specifiche condizioni cliniche» idonee ad integrare il «pericolo per la salute» il cui accertamento è richiesto dalla legge ai fini del perfezionamento della fattispecie esoneratrice, né dalla documentazione comprovante le ragioni poste alla base dell'esonero vaccinale prospettato nella certificazione.

Nella sentenza oggetto del gravame, inoltre, si rilevava come non potessero trovare spazio le istanze di tutela della sfera di riservatezza dell'interessato, richiamandosi alle quali quest'ultimo aveva prodotto il certificato di esenzione nei termini anzidetti, dal momento che la decisione del legislatore, all'esito del bilanciamento effettuato fra tutela della *privacy* ed esigenze di trattamento dei dati sensibili per finalità di sanità pubblica, si era orientata nel senso di gravare l'interessato stesso dell'obbligo di supportare la certificazione rilasciata dal proprio medico curante e da versare agli atti del procedimento con la documentazione idonea a provare le ragioni giustificative dell'esonero vaccinale.

La critica rivolta dall'originario ricorrente con l'atto introduttivo del giudizio di appello nei confronti della pronuncia impugnata aveva ad oggetto *in primis* l'affermazione per la quale alle asl, ai sensi della legislazione in tema di vaccinazione obbligatoria anti-COVID selettiva, fosse demandato il controllo della correttezza dell'attività certificativa svolta dai medici di medicina generale; affermazione, questa, censurata come priva di qualsiasi base normativa, posto che, secondo la deduzione dell'appellante, detta legislazione avrebbe attribuito all'amministrazione sanitaria un compito limitato alla mera ricezione della certificazione di esonero rilasciata dal medico curante, con esclusione pertanto del potere di esigere la documentazione medica comprovante le ragioni dell'esenzione.

Il motivo di doglianza è stato ritenuto non fondato e, pertanto, respinto dal Consiglio di Stato; il supremo consesso di giustizia amministrativa, infatti, ha considerato correttamente esercitato il potere di accertamento attribuito all'asl, fondando tale giudizio sull'argomento per cui quest'ultima avrebbe riscontrato l'inottemperanza all'obbligo vaccinale ricollegandola alla rilevata non conformità delle certificazioni di esenzione presentate alle modalità tipizzate dal legislatore, e non invece, come dedotto nell'atto di appello, attraverso l'effettuazione di un controllo sulla correttezza dell'operato dei medici certificatori, andando cioè a sindacare quanto da loro attestato; con il che è stata rigettata la tesi, sostenuta dall'originario ricorrente, del travalicamento, da parte dell'asl competente, dei limiti posti dalla legge rispetto all'espletamento della funzione di accertamento dell'inottemperanza all'obbligo di vaccinazione demandata all'amministrazione sanitaria.

3. La normativa di riferimento e la soluzione interpretativa prospettata dai giudici di Palazzo Spada

Al fine di meglio comprendere la soluzione data dai giudici amministrativi alla questione loro sottoposta, è bene inquadrare il dettato normativo sotteso alla controversia *de qua* nell'ambito dei principi generali che governano la materia dei trattamenti sanitari obbligatori.

Tali principi sono stati enucleati grazie al determinante contributo della giurisprudenza della Consulta, la quale ha avuto modo di precisare in più di un'occasione la portata del relativo disposto costituzionale^[v]; l'art. 32, co. 2, Cost., infatti, di per sé si limita a prescrivere da un lato la necessità della previsione di legge^[vi] e, dall'altro, quella del rispetto della persona umana nella configurazione di un certo trattamento sanitario come obbligatorio^[vii].

In particolare, l'orientamento del Giudice delle leggi è consolidato nell'enunciare il principio per il quale l'imposizione del trattamento debba porsi come funzionale, ad un tempo, alla protezione tanto della salute di chi vi è assoggettato quanto di quella della generalità dei consociati^[viii]; la legittimità costituzionale della previsione legislativa dell'obbligatorietà del trattamento è legata pertanto all'assenza di qualsiasi contrasto fra tutela della salute individuale e tutela della salute pubblica^[ix], con conseguente inammissibilità di qualsivoglia trattamento disposto per salvaguardare l'interesse generale alla salute collettiva, ma suscettibile di arrecare pregiudizio, oltre la soglia della normale tollerabilità, all'integrità psico-fisica del soggetto passivo del trattamento stesso^[x]; per quest'ultima evenienza, per l'ipotesi cioè di concretizzazione del rischio di lesione correlato al trattamento obbligatorio, la stessa giurisprudenza costituzionale ha sempre ritenuto necessaria l'introduzione, da parte del legislatore ordinario, di forme di tutela ulteriori rispetto alla tutela risarcitoria, sotto forma di liquidazione equitativa per il danno patito^[xi].

La funzionalità del trattamento di cui viene prevista l'obbligatorietà alla protezione sia della salute individuale che di uno specifico interesse della collettività alla salute generale (e non di un interesse pubblico qualsiasi^[xii]) - che, come si è appena detto, costituisce, per *ius receptum*, la condizione fondamentale della conformità al dettato costituzionale della previsione legislativa impositiva dell'obbligo di trattamento -, discende dalla necessità, postulata dall'art. 32 Cost., di contemperare il diritto alla salute del singolo individuo (comprensivo del profilo della libertà di cura) con l'uguale diritto rivendicabile da ciascuno degli altri individui e, dunque, con la salute come interesse della collettività^[xiii].

D'altro canto, l'impossibilità di sacrificare l'interesse alla salute individuale a quello alla salute pubblica costituisce un portato dell'impostazione personalista alla base della Carta costituzionale del 1948, che esclude in radice che il primo possa assumere posizione servente rispetto al secondo^[xiv].

Nella materia dei vaccini la necessità di realizzare un ragionevole punto di equilibrio fra il diritto del singolo di autodeterminarsi rispetto ai trattamenti sanitari e le ragioni di tutela della salute individuale e collettiva attribuisce un ruolo di primo piano alla discrezionalità del legislatore, chiamato ad individuare di volta in volta, sulla base dei dati offerti dalle evidenze scientifiche disponibili al momento nonché della situazione epidemiologica accertata dalle autorità sanitarie, quale tecnica, fra quella della raccomandazione e quella dell'obbligo, sia la più indicata nella logica della garanzia di un sistema di profilassi vaccinale idoneo a prevenire efficacemente l'insorgenza di malattie infettive^[xv].

Pertanto, nonostante la libertà di cura costituisca, conformemente alla già richiamata impostazione personalista della Costituzione, il principio generale che governa l'intera

materia dei trattamenti sanitari^[xvi] - così che la regola è la volontarietà di questi ultimi, mentre la loro obbligatorietà ha carattere eccezionale^[xvii] - il legislatore può scegliere di porre la somministrazione vaccinale ad oggetto di un obbligo, optando per lo strumento della coercizione anziché per quello della persuasione, purché tale scelta risulti non irragionevole alla luce delle condizioni epidemiologiche rilevate nelle sedi appropriate e sia sorretta dalle acquisizioni al momento accreditate e largamente condivise dalla comunità medico-scientifica^[xviii].

La scelta effettuata dal legislatore con il d.l. n. 44/2021 per fare fronte all'emergenza sanitaria collegata alla pandemia di COVID-19 è stata quella di introdurre un obbligo vaccinale circoscritto, quanto ai suoi destinatari, al personale sanitario e di interesse sanitario, operante nel settore pubblico ed in quello privato^[xix], e di rendere pertanto la vaccinazione «requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati»^[xx].

La giurisprudenza amministrativa che ha avuto modo di pronunciarsi su tale opzione legislativa ha messo in evidenza che la forma selettiva di obbligatorietà delineata nel sopra citato provvedimento normativo, se sicuramente risponde all'esigenza di protezione del personale medico e sanitario nei luoghi di lavoro, trova giustificazione altresì alla luce della chiara finalità di tutela, secondo il principio costituzionale di solidarietà, dei pazienti, e, soprattutto, di quei soggetti che, resi particolarmente fragili e vulnerabili dall'età o da gravi patologie, sono costretti a rivolgersi spesso alle cure e all'assistenza del personale sanitario e per i quali, pertanto, più frequenti sono le occasioni di contatto con questi lavoratori^[xxi].

La *ratio* della previsione, del resto, è esplicitata nello stesso testo di legge, in cui *apertis verbis* l'obbligo vaccinale gravante sugli operatori sanitari viene collegato al «fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza»^[xxii].

Proprio muovendo dalla considerazione della finalità perseguita dal legislatore, il Consiglio di Stato ha escluso il carattere discriminatorio della previsione *de qua*, ritenendo che l'imposizione dell'obbligo di vaccinazione nei confronti del solo personale sanitario trovi la propria primaria giustificazione, oltre che nel principio di solidarietà, in quello per il quale la sicurezza delle cure (da intendersi qui come affidamento che la persona bisognosa di assistenza sanitaria ripone nella non contagiosità di chi lo cura e, quindi, nella sicurezza del luogo di cura) rientra pienamente nella relazione di fiducia che si instaura tra paziente e medico e nel dovere di cura che su quest'ultimo incombe, divenendo, quindi, parte costitutiva del diritto alla salute costituzionalmente garantito^[xxiii].

L'approccio interpretativo appena riferito è recepito anche dalla pronuncia qui annotata, la quale ha ritenuto non irragionevole la diversificazione degli strumenti di contenimento della diffusione del virus operata dal legislatore prevedendo appunto la vaccinazione obbligatoria nei confronti esclusivamente degli esercenti le professioni sanitarie e statuendo per altre categorie di lavoratori il solo obbligo della c.d. certificazione verde vaccinale (con facoltà pertanto per l'interessato di scegliere se sottoporsi a vaccinazione o di effettuare il tampone per verificare la negatività al virus ed escludere la propria contagiosità); a siffatta conclusione l'organo giudicante è pervenuto proprio facendo leva sulla considerazione per cui, attesa la diversa funzione ed efficacia degli strumenti utilizzabili fra quelli messi a disposizione dalla scienza (prevalentemente diagnostiche nel caso del tampone, prevalentemente di

prevenzione della malattia indotta dal virus nel caso della vaccinazione), l'imposizione agli operatori sanitari dell'obbligo vaccinale si ricollega alla «maggiore potenziale fragilità dei soggetti che accedono alle prestazioni sanitarie, la quale giustifica l'adozione a fini preventivi di misure ritenute maggiormente efficaci (anche se maggiormente invasive nei confronti delle libertà dell'operatore interessato)», nell'ottica della minimizzazione del rischio di trasmissione del virus nei luoghi di cura e assistenza.

Nella decisione in commento, peraltro, non si manca di rilevare come al trattamento differenziato riservato agli operatori sanitari rispetto ad altre categorie professionali le cui mansioni implicano ugualmente contatti interpersonali e, quindi, il rischio di diffusione del contagio (emblematico, in questo senso, il caso del personale scolastico) non sia estranea neppure una specifica «finalità protettiva nei confronti dello stesso operatore sanitario, la quale non può che essere maggiormente avvertita in un contesto lavorativo caratterizzato, a differenza di quello scolastico, da un maggior grado di esposizione al rischio infettivo, già in ragione della più intensa variabilità dell'utenza (rispetto a quella scolastica)»^[xxiv].

L'obbligatorietà della vaccinazione prevista dalla normativa coinvolta nel tema di causa è parsa inoltre alla stessa giurisprudenza amministrativa soddisfare pienamente il requisito della proporzionalità: le evidenze scientifiche e l'osservazione empirica dell'evoluzione della pandemia hanno in effetti ampiamente dimostrato il ruolo cruciale svolto dalla vaccinazione nell'arginare il propagarsi dell'infezione da Sars-CoV-2, di modo che il principio di proporzionalità, che vincola il legislatore a ricorrere, ove possibile, agli strumenti che meno incidono sulle libertà del singolo e configura pertanto, in una prospettiva di equilibrato bilanciamento fra valori contrapposti, l'imposizione dell'obbligo vaccinale quale *extrema ratio*^[xxv], risulta rispettato proprio perché altre misure (distanziamento sociale, uso delle mascherine, ecc.) hanno fornito una risposta debole, o comunque non sufficientemente efficace rispetto al medesimo obiettivo, rendendo necessaria la previsione dell'obbligatorietà vaccinale^[xxvi].

D'altronde, l'introduzione dell'obbligo vaccinale selettivo in funzione di limitazione della diffusione del contagio del nuovo coronavirus trova altresì spiegazione alla luce del contesto storico di riferimento entro il quale questa e simili decisioni prese dalle pubbliche autorità si inscrivono; contesto che appare segnato dall'insorgere, nel nostro come in altri paesi industriali avanzati dell'Occidente, di movimenti di protesta nei confronti delle misure di sanità pubblica adottate dai governi per far fronte al dilagare della pandemia di COVID-19.

Tali contestazioni sono portate avanti da rumorose e battagliere minoranze che, con argomentazioni spesso prive di qualsiasi fondamento scientifico, rivendicano, nella sostanza, una libertà individuale di autodeterminarsi con riferimento alla propria salute concepita come del tutto svincolata dalle istanze solidaristiche che connotano qualsiasi ordinamento democratico.

Simili movimenti, alla cui base si pone anche un atteggiamento di pervicace scetticismo nei confronti dei vaccini predisposti per prevenire il manifestarsi della malattia indotta dal virus respiratorio, alimentano inevitabilmente quel fenomeno già noto come "esitazione vaccinale", che, in quanto diffuso presso la popolazione generale, è suscettibile di avere un impatto fortemente negativo sulla campagna di immunizzazione di contrasto al diffondersi delle malattie epidemiche, e, in quanto riscontrabile anche all'interno della categoria

professionale degli operatori sanitari, è passibile di compromettere altresì la sicurezza dei luoghi di cura.

In questa prospettiva, la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ritenuto che, in ultima istanza, sia proprio il contesto emergenziale che fa da sfondo alle misure adottate dalla legislazione di contrasto della pandemia ad avere giustificato la prevalenza data dalla normativa in discorso alle ragioni di tutela della salute collettiva rispetto all'autonomia decisionale del singolo operatore sanitario con riguardo alla sfera della propria salute; infatti - ha argomentato il supremo consesso di giustizia amministrativa - la libertà di scelta in questo campo, pienamente garantita dall'ordinamento nelle situazioni ordinarie, si traduce per contro, in condizioni contrassegnate dall'emergenza, in un «rischio inaccettabile»^[xxvii], poiché il ritenere che essa possa essere incondizionatamente esercitata anche in queste evenienze, secondo una visione individualistica ed egoistica non giustificata sul terreno della scienza e che non può trovare spazio alcuno nelle fasi di emergenza^[xxviii], può concretizzarsi in condotte destinate fatalmente a favorire la trasmissione del virus, a danno dei soggetti più fragili (malati e anziani), proprio nei luoghi di cura e assistenza per opera del personale medico e infermieristico non vaccinato.

Se, come si è appena detto, l'emergenza pandemica ha relegato il diritto di autodeterminazione terapeutica degli operatori sanitari in una posizione recessiva rispetto al preminente interesse alla salute pubblica (*sub specie* di protezione dei soggetti fragili nei luoghi ove essi ricevono le cure), esso non ha tuttavia inciso sul già richiamato limite dell'impossibilità di sacrificare a quest'ultimo le istanze di tutela della salute individuale, che vengono salvaguardate dalla normativa interessata dal tema di causa.

Il legislatore, infatti, come si è già ricordato quando si sono riportati sinteticamente i termini della questione esaminata dal Consiglio di Stato^[xxix], ha contemplato la possibilità per l'operatore sanitario di essere esonerato dall'adempimento dell'obbligo vaccinale al ricorrere di determinate condizioni; in particolare la legge consente l'omissione o il differimento della vaccinazione in presenza di un «accertato pericolo per la salute», correlato a «specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale»^[xxx].

Detta previsione, a ben vedere, riveste un ruolo centrale nell'ambito della normativa in discorso, in quanto si connette proprio all'esigenza, costituzionalmente imposta, di temperare le ragioni di tutela della salute pubblica con quelle di protezione della salute del singolo individuo.

Il meccanismo delineato dal legislatore fa dipendere l'applicazione della clausola di esonero dalla documentazione di patologie del soggetto interessato tali da configurare una oggettiva incompatibilità con la somministrazione del siero vaccinale; spetta al medico di medicina generale desumere dalle condizioni cliniche da lui stesso attestate la sussistenza di un pericolo per la salute dell'operatore obbligato per legge a sottoporsi a vaccinazione e che presenta la certificazione di esenzione dall'obbligo; alle asl è demandato invece un potere di controllo su quest'ultima.

La questione della portata da ascrivere a tale potere - scrutinata nella sentenza in commento nei termini di cui si dirà a breve - ha una rilevanza essenziale rispetto alla definizione del grado di tutela assicurato alla salute collettiva, che, per quello che si è fin qui detto, costituisce la primaria ragion d'essere delle disposizioni in tema di vaccinazione obbligatoria selettiva

dettate dal legislatore per contrastare la pandemia in atto; dal modo infatti in cui si ritenga di dover intendere il compito di verifica delle condizioni esoneratrici affidato all'amministrazione sanitaria, dipende la prevalenza delle ragioni della collettività ovvero di quelle del singolo nell'ambito dell'operazione di bilanciamento astrattamente effettuata dal legislatore.

Come si è accennato[[xxxix](#)], nella controversia decisa dal Consiglio di Stato nella decisione qui annotata, i giudici dell'appello, andando dello stesso avviso rispetto al giudice di prime cure, hanno ritenuto correttamente esercitato da parte dell'asl competente il potere di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo di vaccinazione; per i giudici, infatti, il *modus procedendi* in concreto seguito dall'amministrazione, lungi dal configurarsi come una forma di controllo non consentita dalla legge sulla correttezza dell'operato dei medici certificatori (secondo la tesi sostenuta dall'appellante), si è risolto nell'adozione dell'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo a seguito della mera constatazione della non corrispondenza della certificazione al modello legale, e quindi della sua non idoneità a giustificare l'esonero dall'obbligo stesso.

La premessa da cui muove la Terza sezione dell'organo di vertice della giustizia amministrativa è che l'attività di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo demandata alle asl presuppone la possibilità per queste di verificare tutti gli elementi costitutivi della relativa fattispecie e che, conseguentemente, dal momento che quest'ultima non è integrata quando risultino sussistere le condizioni esoneratrici previste dalla legge e rappresentate dall'interessato, occorre che i poteri di verifica spettanti all'amministrazione sanitaria abbiano modo di esplicarsi, in termini di effettività, anche su di esse.

A questa esigenza si accompagna pertanto, nella lettura che i giudici di Palazzo Spada hanno dato della normativa in discorso, la necessità di una valutazione non meramente formale della sussistenza delle condizioni esoneratrici attestate nella certificazione medica; una valutazione, cioè, che non si esaurisca nella mera presa d'atto di quest'ultima (secondo quanto asserito invece dall'appellante nella sua deduzione), ma che, scevra dalla pretesa di sindacare nel merito il contenuto di ciò che viene attestato dai medici certificatori, permetta all'amministrazione sanitaria di appurare il ricorrere degli elementi costitutivi della fattispecie esoneratrice.

La soluzione interpretativa offerta dal *decisum* in esame, che nei termini appena riferiti ricostruisce i caratteri del potere di accertamento attribuito dalla legge alle asl, si fonda, a ben vedere, su un inquadramento della sequenza procedimentale inerente a tale verifica teso ad una piena valorizzazione, alla luce del dato normativo, del ruolo dell'amministrazione nell'attuazione dell'obbligo imposto al personale operante in ambito sanitario.

Infatti, affrontando la questione della portata dispositiva e, quindi, immediatamente pregiudizievole dell'atto di accertamento di mancata ottemperanza all'obbligo (tale da imporre la necessità della sua immediata impugnazione ove l'interessato ne lamenti l'erroneità), la pronuncia pone in evidenza la rispondenza della dinamica procedimentale complessivamente tratteggiata dal legislatore all'obiettivo di puntuale individuazione, all'interno delle categorie professionali contemplate dalla normativa, dei soggetti effettivamente tenuti a sottoporsi a vaccinazione, in un'ottica di concretizzazione del relativo obbligo rientrante nel più ampio disegno normativo volto ad ascrivere alle asl, come

affermano i giudici in un ulteriore successivo passaggio della sentenza, la «primaria responsabilità [...] in ordine alla efficacia del piano vaccinale».

Proprio sui presupposti sopra accennati, da cui il Consiglio di Stato muove nell'interpretare la disposizione sottesa alla controversia sottoposta al suo esame, si regge la linea di demarcazione dal medesimo consesso nettamente tracciata fra i compiti affidati ai diversi soggetti istituzionali che animano la sequenza procedimentale delineata dal d.l. n. 44/2021.

Il «contatto “diretto”» instaurato con i pazienti dai medici di medicina generale configura il controllo da essi esplicato come un necessario «“filtro” delle “istanze” di esonero»; con ciò i giudici della Terza sezione hanno inteso significare che le funzioni certificative attribuite al medico di medicina generale rispondono all'esigenza di assicurare un controllo di tipo tecnico sull'effettiva incompatibilità delle condizioni cliniche rappresentate dall'interessato con la somministrazione del siero vaccinale.

Il contatto «secondario ed indiretto» (in quanto mediato dalla certificazione medica) delle asl, nella lettura dei giudici, d'altro canto, non rende il controllo ad esse affidato una pleonastica duplicazione di quello spettante ai medici curanti, poiché dall'esercizio di tale potere di verifica dipende la constatazione della «rispondenza della certificazione alla finalità per la quale è prevista», vale a dire la dimostrazione della circostanza che la somministrazione vaccinale, in ragione delle documentate condizioni di salute del vaccinando, costituirebbe un pericolo per la sua salute.

Ne deriva che le modalità prescritte dalla legge per la certificazione (*id est*, appunto, la documentazione delle «specifiche condizioni cliniche» e l'accertamento del «pericolo per la salute») costituiscono quegli elementi della fattispecie esoneratrice la cui presenza vale a conferire alla certificazione stessa, per esprimersi con le parole dei giudici amministrativi, quell'«esaustività giustificativa» necessariamente funzionale al riscontro, da parte dell'amministrazione sanitaria, del ricorrere dei presupposti dell'esonero «secondo un parametro “minimo” di “attendibilità”».

In altre parole, secondo i giudici dell'appello, al carattere mediato ed indiretto della funzione di controllo attribuita alle asl non corrisponde un potere di verifica meramente formale della sussistenza dei presupposti alla base dell'esonero, poiché la stessa «pregnanza» (in termini sostanziali e probatori) degli elementi costitutivi della fattispecie di esenzione indica univocamente che, nel disegno del legislatore, le attestazioni mediche di esonero, «oggetto diretto ed esclusivo» dell'attività di verifica della asl, debbano essere soggette ad un riscontro effettivo di attendibilità da parte dell'amministrazione sanitaria.

Sulla base di tali motivazioni, il Consiglio di Stato, per un verso, facendo proprio l'argomento già espresso in tal senso dalla pronuncia resa in primo grado, ha ritenuto la circostanza addotta nelle due certificazioni oggetto della controversia, cioè l'esclusione delle patologie non specificate né documentate dal novero di quelle sottoposte alla sperimentazione condotta dalle case farmaceutiche produttrici dei vaccini anti-COVID, non valevole ad integrare il requisito dell'«accertato pericolo per la salute», collegato invece dalla legge alla sussistenza di «condizioni cliniche documentate ed attestate»^[xxxii]; per altro verso ha sconfessato la tesi, sostenuta dall'appellante, per la quale la documentazione comprovante le specifiche condizioni cliniche deve essere prodotta esclusivamente al medico certificatore e non anche alla asl; per altro verso ancora ha escluso che le istanze di tutela della riservatezza

dell'interessato valgono ad inibire la produzione di un certificato di esenzione con l'indicazione delle patologie da cui dovrebbe desumersi l'incompatibilità della somministrazione vaccinale con lo stato di salute dell'interessato e con il supporto dalla relativa documentazione, come per contro sostenuto nell'atto di appello, nel quale si invocava l'applicazione analogica della circolare del Ministero della salute sulle modalità di redazione dell'attestazione di esenzione dall'obbligo vaccinale valida a dispensare dall'applicazione delle disposizioni relative al possesso della certificazione verde COVID-19^[xxxiii].

4. Brevi considerazioni conclusive

Il *decisum* in commento si pone perfettamente in linea con la finalità di tutela dell'interesse alla salute collettiva sottesa alla normativa che prevede l'obbligo di vaccinazione selettiva; il principio di diritto posto dal Consiglio di Stato, infatti, è volto a valorizzare il potere di accertamento demandato all'amministrazione sanitaria in ordine alla sussistenza o meno dell'obbligo vaccinale, evidenziando come i requisiti tipizzati dalla legge per l'integrazione della fattispecie esoneratrice siano funzionali alla possibilità per la stessa amministrazione di esercitare un controllo sostanziale sull'attendibilità dell'attestazione medica dell'elemento cardine ai fini del riconoscimento dell'esonero dall'obbligo: il pericolo per la salute del vaccinando, che deve potersi evincere dalla documentazione delle condizioni cliniche oggetto di attestazione.

Al contempo, statuendo simile principio, i supremi giudici amministrativi hanno posto bene in luce che la conoscibilità, da parte dell'asl competente all'accertamento, della motivazione diagnostica alla base dell'adotta certificazione, ferma rimanendo l'insindacabilità nel merito di quanto attestato dal medico in ordine alla sussistenza di tale pericolo, costituisce la condizione indispensabile per scongiurare il rischio che il potere di decidere in materia si concentri esclusivamente in capo ai medici di medicina generale, riducendo i compiti attribuiti alle asl a mere formalità destinate solo ad aggravare la sequenza procedimentale delineata dal legislatore.

All'impostazione ermeneutica adottata dalla sentenza, presumibilmente, non è estranea neppure una logica volta alla prevenzione dei possibili abusi dello strumento della certificazione, che trovano terreno fertile nel richiamato attuale contesto storico segnato dall'affermarsi di forme di opposizione alla campagna di vaccinazione, che a loro volta favoriscono, anche all'interno della categoria professionale destinataria dell'obbligo in discorso, il fenomeno della c.d. esitazione vaccinale.

Sono, insomma, le ragioni della salute pubblica, risultate prevalenti, nel bilanciamento operato dal legislatore, con i contrapposti interessi attinenti alla riservatezza^[xxxiv] e all'autodeterminazione individuale del singolo operatore sanitario, nel quadro, tuttavia, di un ragionevole contemperamento realizzato con le istanze di tutela della salute individuale, a rendere non ammissibile una certificazione "in bianco", che si limiti cioè - come si esprimono i giudici nella pronuncia *de qua* -, a dichiarare «*ab externo*» le condizioni giustificative dell'esonero, con la pretesa di considerarle dimostrate, in ossequio alle ragioni della *privacy*, senza renderle note all'amministrazione e in assenza di qualsiasi documentazione comprovante la loro sussistenza.

L'orientamento espresso dai giudici della Terza sezione, tuttavia, deve essere riconsiderato alla luce delle modificazioni apportate al d.l. n. 44 dal già richiamato d.l. n. 172/2021.

Fra le novità introdotte da quest'ultimo provvedimento^[xxxv], particolarmente rilevante, ai fini del nostro discorso, è quella relativa alle modalità prescritte per la redazione della certificazione di esonero, che segnalano una maggiore attenzione riservata dal legislatore della novella alle esigenze di tutela di riservatezza dei vaccinand.

Sotto questo profilo, la normativa novellata appare espressione di un bilanciamento diverso e, per così dire, specularmente rovesciato rispetto a quello che ha animato la logica sottesa all'impianto originario del d.l. n. 44.

Infatti, il testo attualmente vigente impone che l'attestazione da parte del medico di medicina generale delle «specifiche condizioni cliniche documentate» debba avvenire «nel rispetto delle circolari del Ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti SARS-CoV-2»^[xxxvi]; dal momento che fra i criteri definiti da tali circolari figura quello per il quale «i certificati non possono contenere altri dati sensibili del soggetto interessato», e che fra questi dati viene richiamato espressamente, seppur a titolo esemplificativo, la «motivazione clinica della esenzione»^[xxxvii], ne deriva che il rinvio della normativa modificata alle modalità di redazione indicate nelle circolari rende ora ammissibile ciò che, come ben chiarito dal Consiglio di Stato della decisione annotata, non era invece consentito alla luce della previgente normativa: riceve cioè legittimazione la produzione di una certificazione rispetto alla quale l'attestazione generica dell'incompatibilità dello stato di salute del vaccinando con la somministrazione del siero, priva del riferimento alle «specifiche condizioni cliniche attestate» e non accompagnata dalla idonea documentazione, sembra essere non solo ammessa, ma addirittura l'unica modalità di redazione consentita dalla legge.

Invero, l'esito del differente bilanciamento effettuato dal legislatore con la normativa così modificata pare a chi scrive contraddistinguersi per l'indebolimento arrecato alle ragioni di tutela della salute pubblica, posto che alle esigenze di garanzia della riservatezza degli operatori sanitari gravati dall'obbligo vaccinale viene attribuito un peso di gran lunga maggiore rispetto a quello che esse avevano nell'originario disegno normativo e tale da determinare uno spostamento del baricentro dell'intera disciplina, concepita appunto inizialmente in funzione di una tutela rafforzata della salute della collettività, verso istanze rispetto a quest'ultima antagoniste.

Se così è, risulta allora facilmente comprensibile come l'inversione di tendenza del legislatore comporti una parziale ma significativa compromissione della portata del potere ascrivito all'amministrazione sanitaria in tema di accertamento della sussistenza dell'obbligo vaccinale.

Nel regime previgente l'amministrazione disponeva, nell'esercizio di detto potere, di un certo margine di apprezzamento della certificazione medica rilasciata, proprio in forza del suo carattere circostanziato e documentato richiesto dal modello legale, che rendeva possibile effettuare un minimo riscontro, in termini di attendibilità, in ordine alla deduzione, da parte del medico, del pericolo per la salute dalle condizioni patologiche specificamente attestate e documentate^[xxxviii].

La disciplina ora in vigore, che impone, per ragioni di tutela della sfera di riservatezza dell'interessato, l'omissione della motivazione diagnostica alla base dell'addotta esenzione,

rende per contro l'attività di valutazione in questione prettamente formale, atteso che il potere di verifica spettante alle asl, esplicandosi su una certificazione "in bianco", si svuota di contenuto; *rebus sic stantibus*, salvo interpretazioni correttive della giurisprudenza, rimane impregiudicata per l'amministrazione soltanto la possibilità di sindacare l'attestazione medica sotto un profilo formale, riducendosi le ipotesi di accertamento della mancata integrazione della fattispecie esoneratrice a casi di scuola, quale può essere quello dell'attestazione priva della sottoscrizione del medico certificatore.

In definitiva, la disciplina attuale, così concepita, pone le premesse per la concretizzazione del rischio di rimettere l'intero potere decisionale sulla (in)sussistenza dell'obbligo vaccinale ai medici di medicina generale, estromettendone invece dall'esercizio le asl, titolari del potere di accertamento dell'obbligo vaccinale; rischio che, come si è detto, la pronuncia del Consiglio di Stato oggetto di questa nota, ponendo il principio di diritto che si è illustrato, ha ritenuto, alla luce della previgente normativa, doversi assolutamente scongiurare.

Invero, il modo in cui il legislatore ha scelto di dare tutela alle istanze relative alla *privacy* nella normativa novellata appare il frutto di un bilanciamento con la garanzia della salute pubblica alquanto discutibile sotto il profilo della ragionevolezza, soprattutto in considerazione del depotenziamento del ruolo dell'amministrazione sanitaria nell'attuazione dell'obbligo vaccinale indotto dalla nuova disciplina; ruolo che, ben presente nel disegno normativo originario, è stato oggetto, come si è visto, di opportuna valorizzazione nella sentenza in discorso.

A ben vedere, l'impossibilità per le asl di conoscere il tipo di patologia da cui il medico curante desumerebbe il pericolo per la salute individuale, unitamente alla non accessibilità da parte delle medesime alla documentazione comprovante lo stato di salute del soggetto interessato, produce due risultati degni di nota ma tutt'altro che auspicabili: da un lato il medico di medicina generale finisce inopinatamente per rivestire i panni di una sorta di "garante" della *privacy* dell'operatore sanitario rispetto al quale rilascia la certificazione di esenzione, in virtù della conoscenza esclusiva che egli ha delle sue condizioni cliniche e della relativa documentazione; dall'altro, un sistema così congegnato favorisce il consolidarsi di un sistema opaco, o, quanto meno, poco trasparente, in cui il ruolo del medico di medicina generale tende a ridursi a quello di un "certificatore seriale", cioè di un produttore in serie di attestazioni di esonero dall'obbligo vaccinale, a cui non necessariamente però corrisponde uno stato di salute tale da giustificare l'esonero stesso, e in cui può agevolmente abusarsi dello strumento della certificazione di esenzione, posto che senza l'indicazione della motivazione diagnostica essa si trasforma nell'attestazione di una condizione (il pericolo per la salute), non più accertata, come vorrebbe la legge, ma la cui sussistenza è presunta *iuris et de iure* e della quale l'asl deve pertanto limitarsi a prendere atto.

Pare dunque lecito porsi il dubbio se la pur giusta esigenza di preservare il valore, costituzionalmente garantito, della riservatezza valga a giustificare un sacrificio così rimarchevole delle contrapposte ragioni di tutela della pubblica salute.

In uno scenario - qual è quello attuale - contraddistinto da tenaci, seppur minoritarie, forme (spesso irrazionali) di resistenza alla vaccinazione di massa, sarebbe infatti opportuno che il legislatore favorisse la creazione di meccanismi volti a contrastare tale fenomeno; in questa direzione si era orientato il d.l. n. 44 nella sua originaria impostazione, prevedendo un controllo effettivo delle asl sull'operato dei medici di medicina generale, tale da consentire

all'amministrazione di cooperare efficacemente allo svolgimento ed al buon funzionamento della campagna vaccinale in corso.

La nuova disciplina, che rende di fatto già superato l'importante principio di diritto statuito dal *decisum* in commento, rischia viceversa di favorire un impiego distorto del diritto alla *privacy*, poiché questo può essere invocato strumentalmente ogniqualvolta il singolo intenda far prevalere il proprio diritto all'autodeterminazione sulle ragioni solidaristiche connesse alla tutela della salute collettiva e che giustificano l'imposizione dell'obbligo vaccinale.

Ciò però conduce ad assecondare la logica, rigettata fermamente dalla stessa Consulta, dei c.d. "diritti tiranni"^[ix]: la libertà individuale di autodeterminarsi con riferimento alla propria salute viene infatti elevata a situazione giuridica soggettiva che, lungi dal confrontarsi con diritti di pari rango nell'ambito di un doveroso bilanciamento, si pone come monade isolata e irrelata, e, in tal guisa, si esprime una visione dell'ordinamento non certo in linea con lo spirito solidaristico che anima la Carta costituzionale repubblicana^[x].

[i] La disciplina normativa a cui si fa riferimento nel testo è quella di cui all'art. 4 del d.l. 1 aprile 2021, n. 44 (recante, fra l'altro, «Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2»), conv. in l. 28 maggio 2021, n. 76, nel testo previgente alle innovazioni apportate dall'art. 1, co. 1, lett. b), del d.l. 26 novembre 2021, n. 172, non ancora convertito in legge.

[ii] Ex art. 4, co. 6, d.l. n. 44/2021 cit., ante modifiche arretrate dal d.l. n. 172/2021 cit.

[iii] La pronuncia maggiormente emblematica di tale *modus opinandi* è Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, in *Dir. Giust.*, 2021, 21 ottobre in *Guida al dir.*, 2021, 42, che ha avuto origine dal ricorso di alcuni esercenti professioni sanitarie della regione Friuli Venezia Giulia, non ancora sottoposti alla vaccinazione obbligatoria, contro i provvedimenti dell'asl che hanno sanzionato l'inosservanza dell'obbligo vaccinale; in termini cfr. anche Cons. St., sez. III, 2 dicembre 2021, n. 6401, in *Dir. Giust.*, 2021, 10 dicembre, sempre in tema di sospensione dal servizio del medico che rifiuti di sottoporsi alla vaccinazione anti-COVID; sono riconducibili al medesimo orientamento anche TAR Lazio-Roma, sez. III, 17 dicembre 2021, n. 7394, in *Dir. Giust.*, 2021, 21 dicembre, in tema di sospensione dal servizio dei docenti non vaccinati, e TAR Lazio-Roma, sez. III, 2 settembre 2021, n. 4531, in *Guida al dir.*, 2021, 35, che si è pronunciata sui provvedimenti adottati dal Ministero dell'istruzione disciplinanti la certificazione obbligatoria anti-COVID del personale scolastico - rispetto ai quali alcuni docenti avevano presentato istanza di sospensione -, confermando la validità della normativa che prevede l'automatica sospensione dal lavoro e dalla retribuzione da parte del personale sprovvisto della c.d. certificazione verde vaccinale.

[iv] Sulla proiezione solidaristica del diritto alla salute nella normativa di contrasto al COVID-19 e sulla difficoltà di contemperarla con altri interesse di pregio costituzionale, si veda M. Noccelli, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *federalismi.it - Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020. Va osservato in proposito che la dimensione collettiva del diritto garantito dall'art. 32 Cost., rimasta sullo sfondo e, in un certo senso, messa in ombra dal ruolo assolutamente preponderante assunto, nel dibattito giuridico e politico, dai temi attinenti alla garanzia della salute individuale, ha riconquistato prepotentemente il centro della scena proprio con l'emergenza epidemiologica derivante dalla diffusione del nuovo coronavirus. Gli aspetti legati a tale dimensione sono emersi in tutta la loro drammatica attualità ed urgenza, amplificati ed esasperati nel contesto dell'epocale passaggio storico segnato dalla pandemia; infatti, il "diritto dell'emergenza" nato per gestire la crisi sanitaria ha posto una serie di problemi legati, oltre che alle rilevanti limitazioni di cui si fa cenno nel testo, e cioè a quelle imposte al singolo nell'esercizio di diritti e libertà costituzionalmente garantiti (per le quali si rinvia alla lettura di L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in Id. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it - Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020), anche alle ipotesi di conflittualità venutesi a determinare fra tutela della salute collettiva e tutela della salute individuale, intesa, quest'ultima, tanto come diritto a ricevere cure, quanto come libertà di cura. Proprio su quest'ultimo profilo, e cioè sul bilanciamento operato dal legislatore fra diritto all'autodeterminazione con riguardo alla propria salute e interesse alla salute pubblica si pronunciano le decisioni menzionate nella nota precedente e quella oggetto di questo commento.

[v] Da ultimo in Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5 (est. Cartabia), in *Giur. cost.*, 2018, 1, 38 ss. (con nota di C. Pinelli, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica*, 101 ss.; L. Principato, *La parabola dell'indennizzo dalla vaccinazione obbligatoria al trattamento sanitario raccomandato*, 374 ss.; A. Proto Pisani, *Brevi note su Costituzione tutela effettiva del cittadino nei confronti della p.a. e errori della c.d. dottrina*, 443 ss.; V. Ciaccio, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost. sent. n. 5 del 2018*, 451 ss.), che contiene rilevanti precisazioni sui trattamenti vaccinali imposti per legge.

[vi] In dottrina è largamente prevalente l'opinione che la riserva di legge in questione abbia carattere relativo: v., per tutti, M. Luciani, voce *Salute*, I) *Diritto alla salute - Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, vol. XXXII, Roma, 1993, 11.

[vii] Il limite del rispetto della persona deve intendersi riferito tanto al rispetto della sua dignità quanto a quello della sua integrità psico-fisica; sul punto, si veda, *ex multis*, Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282 (est. Onida), in *Giur. cost.*, 2002, 2, 2012 ss. (con nota di A. D'Atena, *La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore*; D. Morana, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*), in tema di appropriatezza delle scelte terapeutiche e discrezionalità legislativa: «La pratica terapeutica si pone [...] all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, comma 2, secondo periodo, Cost. pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica».

[viii] Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307 (est. Corasaniti), in *Giur. cost.*, 1990, 6, 1874 s. (con nota di F. Giardina, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e «responsabilità» dello Stato*): «Da ciò [dal disposto dell'art. 32 Cost., n.d.r.] si desume che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione 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, 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».

[ix] Sulla necessaria convergenza fra interesse individuale e interesse collettivo alla salute, che esclude qualsiasi funzionalizzazione del primo al secondo, si veda, in dottrina, B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, 131 s.

[x] Corte cost. n. 307/1990, cit.: «[Dal disposto dell'art. 32 Cost., n.d.r.] si desume soprattutto che un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili. Con riferimento, invece, all'ipotesi di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio - ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica - il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria. Tale rilievo esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri».

[xi] Il principio è stato posto dal Giudice delle leggi con l'importante citata sentenza additiva n. 307/1990, resa in tema di indennizzo per danni collegati alle vaccinazioni obbligatorie: «Un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute [come «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività», n.d.r.] - e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario - implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito»; nello stesso senso si veda anche Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258, in *Foro it.*, 1995, I, 1451 ss.

[xii] Che ai fini della legittimità costituzionale della previsione legislativa del trattamento sanitario obbligatorio non basti la sua funzionalità rispetto ad un interesse pubblico purchessia, richiedendosi al contrario la sussistenza di uno specifico interesse pubblico attinente alla salute collettiva, è principio largamente condiviso tanto in giurisprudenza quanto in dottrina. Non è un caso, sotto questo profilo, che Corte cost. 9 luglio 1996, n. 238, in *Giur. cost.*, 1996, 4, 2142 (con nota di A. Nappi, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*; M. Ruotolo, *Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori*), abbia dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 224, co. 2, c.p.p. nella parte in cui prevedeva la possibilità per il giudice delle indagini preliminari di disporre coattivamente - in sede di incidente probatorio per l'esecuzione di perizia ematologica - il prelievo ematico nei confronti tanto dell'indagato quanto di terzi; la previsione oggetto della declaratoria di incostituzionalità, infatti, contemplava un'ipotesi di accertamento invasivo della «sfera corporale della persona» (*test* del DNA) senza il consenso dell'interessato «per fini di acquisizione probatoria nel processo penale», dunque per fini non sanitari. In dottrina si veda M. Luciani, voce *Salute*, cit., 11; D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 189; L.

Carlassare, *Dignità della persona e libertà di cura*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. I, Napoli, 2001, 571 s.: «Un trattamento sanitario [...] può essere imposto soltanto quando sia *direttamente* in gioco l'interesse collettivo: per prevenire o fermare malattie contagiose che provocano un *diretto* danno sociale. Solo la tutela degli altri può consentire trattamenti imposti limitando la libertà individuale. Ma l'interesse della collettività dev'essere anche *attuale*. In nome di un possibile danno o interesse *futuro* della collettività si potrebbe altrimenti arrivare ad esiti finali che sgomentano, la selezione degli individui, ad esempio, secondo la pratica nazista»; ritiene che l'interesse della collettività a cui si riferisce l'art. 32, co. 1 Cost. vada interpretato come «limite esterno» rispetto al diritto individuale alla salute, cioè come «barriera che ne circoscrive l'ampiezza senza tuttavia condizionarne il godimento», D. Morana, *op. ult. cit.*, 163 (v. anche Id., *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, II ed., Torino, 2015, 39).

[xiii] Corte cost. 2 giugno 1994, n. 218, in *Giur. cost.*, 1994, 3, 1812 ss.: «La tutela della salute [...] implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari»; si veda anche Corte cost. 27 marzo 1992, n. 132, *ivi*, 1992, 2, 1108 ss.; Corte cost. 20 dicembre 1996, n. 399, in *Foro it.*, 1997, I, 3124; Corte cost. 14 dicembre 2017, n. 268, in *Giur. cost.*, 2017, 6, 2913 ss.. Sul tema del contemperamento fra la dimensione individuale e quella collettiva del diritto alla salute nella disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori, si veda C. Colapietro, *La valutazione costi-benefici nei trattamenti sanitari obbligatori: il bilanciamento tra gli interessi del singolo e quelli della collettività*, in *NOMOS - Le attualità nel diritto*, 1997, 3, 57 ss.

[xiv] Così D. Morana, *La salute come diritto*, cit., 38 s.: «quanto appena detto sulla natura individualistica della libertà di salute non si pone in alcun modo in contrasto con la prescrizione costituzionale che, nella medesima formulazione dell'art. 32, tutela la salute stessa anche come “interesse della collettività”. È sufficiente la lettura della disposizione, infatti, per comprendere come l'“interesse della collettività” alla salute non venga affatto qualificato dalla Costituzione come scopo in vista del quale si riconosce il diritto alla salute dell'individuo. Il riferimento all'interesse della collettività alla salute, insomma, non vale a finalizzare ad esso, rendendolo funzionale, il diritto individuale, ma rappresenta esclusivamente un “contenimento esterno” per quest'ultimo. Detto altrimenti, la libertà di salute non viene attribuita al singolo *in ragione* dell'interesse collettivo alla salute; ben diversamente, essa viene configurata in modo tale che il suo godimento *non pregiudichi* il corrispondente interesse della collettività. In tal senso, dunque, quest'ultimo non si configura come ragion d'essere della libertà, ma soltanto come limite esterno alle concrete forme di godimento di essa che il soggetto titolare deciderà di mettere in atto».

[xv] Così, da ultimo, Corte cost. n. 5/2018, cit.; v. anche Tar Lazio-Roma, sez. III, 2 ottobre 2020, n. 10047, in *Foro amm.*, 2020, 10, 1917 ss., che precisa che l'operazione di bilanciamento fra i vari interessi coinvolti nel tema delle vaccinazioni spetta al legislatore statale, con esclusione pertanto della potestà legislativa delle regioni, che non possono pertanto neanche introdurre previsioni più rigorose, volte cioè ad ampliare l'ambito oggettivo e soggettivo dell'obbligatorietà vaccinale.

[xvi] Si veda in proposito L. Carlassare, *Dignità della persona*, cit., 571. Nella manualistica si veda, per tutti, C. Colapietro, *I diritti sociali*, in F. Modugno (a cura di), *Diritto pubblico*, IV ed., Torino, 2019, 700: «Il 2° comma dell'art. 32 Cost. introduce il tema dei trattamenti sanitari obbligatori [...], da considerarsi l'eccezione rispetto al principio generale, solennemente proclamato nella prima parte di questa stessa disposizione, della libertà dell'individuo da qualsiasi trattamento sanitario non imposto da legge conforme a Costituzione». Sulla funzione svolta dai limiti e dalle garanzie previste in Costituzione per i trattamenti obbligatori, si veda inoltre R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, II ed., Torino, 2020, 77 s.: «da salute come problema collettivo è sì allocato (anche) nella dimensione pubblicistica dell'ordine pubblico interno, soprattutto pensando alla materia delle vaccinazioni obbligatorie preordinate ad impedire l'insorgenza di determinate forme di morbilità, ma nel quadro di regole e di principi di garanzia idonei a controbilanciare i pur manifesti frammenti e momenti di regolazione autoritativa. La norma costituzionale è, infatti, di particolare rigore: non solo perché sottopone al limite invalicabile della riserva di legge, pur diversamente graduato, la liceità e la legittimità di ogni trattamento sanitario obbligatorio, ma anche perché, in sintonia con il principio personalistico di cui all'art. 2 Cost., pone inequivocabilmente, come vincolo per ogni futura determinazione del legislatore, il rispetto della persona umana».

[xvii] M. Mazzotti di Celso e G.M. Salerno, *Manuale di diritto costituzionale*, VII ed., Padova, 2018, 259: «Questi principi [“la riserva rafforzata, sebbene relativa, di legge” ricollegabile alla necessità di rispettare “i limiti imposti dal rispetto della persona umana”, *n.d.r.*] e il modo stesso come la norma [art. 32, co. 2, Cost., *n.d.r.*] è formulata, dimostrano la volontà del legislatore di favorire la volontarietà dei trattamenti (cfr. art. 1 della legge 180/78) ed in genere la partecipazione del soggetto alla misura preventiva e alla cura; da essa deriva poi un limite preciso alla imposizione di trattamenti obbligatori, cioè che sia in gioco non solo l'interesse del malato, ma quello della collettività. Non esistendo, almeno secondo l'opinione dominante, un dovere di tutelare la propria salute, l'obbligatorietà dei trattamenti è ammissibile solo quando è in gioco, oltre che l'interesse individuale, anche quello collettivo alla salute».

[xviii] Così ancora Corte cost. n. 5/2018 cit., con cui i giudici della Consulta, pronunciandosi sul ricorso in via principale presentato dalla regione Veneto avverso le disposizioni del d.l. 7 giugno 2017, n. 73, recante «Disposizioni urgenti in materia

di prevenzione vaccinale», hanno giudicato «non irragionevole allo stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche» il provvedimento legislativo censurato nel ricorso e volto a «rafforzare la cogenza degli strumenti della profilassi vaccinale» (confermando l'obbligatorietà per i minori fino a sedici anni di età di alcune vaccinazioni e introducendola per altre prima solo oggetto di raccomandazione) a fronte di «una situazione in cui lo strumento della persuasione appariva carente sul piano della efficacia»; nella decisione in questione si è sottolineato altresì come le scelte adottate in tema di vaccinazione siano strettamente collegate al contesto e ai dati offerti dalla comunità scientifica, così che le determinazioni legislative, con l'evolversi delle conoscenze in campo sanitario e con il mutare delle condizioni epidemiologiche, possono essere oggetto di rivalutazione, come dimostra la stessa normativa scrutinata dalla Corte con l'introduzione, in sede di conversione del decreto legge, di «un sistema di monitoraggio periodico che può sfociare nella cessazione della obbligatorietà di alcuni vaccini», secondo un meccanismo di «flessibilizzazione della normativa da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate». Peraltro, il passaggio da un regime all'altro (da quello della raccomandazione a quello dell'obbligo e viceversa) non deve suonare né strano né inconsueto se si muove dalla premessa, ben evidenziata dalla Corte nella citata pronuncia, per la quale «nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici», atteso che «In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all'indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze [...]»).

[xix] A mente del testo previgente dell'art. 4, co. 1, d.l. n. 44 cit. sono ricompresi nel personale sanitario «gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali»

[xx] La disposizione, contenuta nel testo previgente dell'art. 4, co. 1, d.l. n. 44 cit., è rimasta immutata nel testo attualmente in vigore.

[xxi] Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit.

[xxii] L'esplicitazione della finalità sottesa alla normativa è identica, nella sua formulazione, nel testo previgente dell'art. 4, co. 1, d.l. n. 44/2021 e nel testo attualmente in vigore. Come viene rilevato anche in Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit., la *ratio* della previsione si evince in maniera chiara anche dalla conseguenza che dal testo previgente del d.l. n. 44 cit. veniva fatta discendere dall'inosservanza dell'obbligo vaccinale: il comma 6 dell'art. 4 prevedeva infatti che «L'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale determina la sospensione del 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»; la finalità perseguita dal legislatore è ricavabile anche dall'attuale formulazione del testo di legge, che statuisce che «L'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale [...] determina l'immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie» (art. 4, co. 4, d.l. n. 44 cit., come modificato dal d.l. n. 172/2021, cit.) e prevede l'assegnazione a mansioni diverse, che non implicano il rischio di diffusione del contagio, senza decurtazione della retribuzione, nei confronti solo dei soggetti esentati dall'obbligo vaccinale (art. 4, co. 7); su tale aspetto v. *infra*, nt. 35.

[xxiii] Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit.

[xxiv] Appare significativo, sotto il profilo considerato nel testo, che sia in Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit., che nella pronuncia qui commentata si sia deciso di non rimettere alla Consulta, ritenendola manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale sollevata, nel giudizio instauratosi innanzi al giudice amministrativo, con riferimento alla previsione legislativa dell'obbligo vaccinale nei confronti del personale sanitario, per il suo supposto contrasto rispetto al parametro costituzionale di eguaglianza.

[xxv] Che il trattamento sanitario previsto dalla legge come obbligatorio debba risultare proporzionato alla luce di dati scientifici chiari e ampiamente accettati dalla comunità scientifica, costituisce *ius receptum*, essendo oramai generalmente riconosciuto nella giurisprudenza della Consulta; si veda, in questo senso, da ultimo, Corte cost. n. 5/2018, cit.

[xxvi] Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit. Il tema della proporzionalità della disciplina impositiva dell'obbligo vaccinale è richiamato da ultimo da Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., ord. 17 gennaio 2022, n. 38, in *Giustizia-amministrativa.it*; in tale pronuncia, nella quale peraltro si prospetta come ipotizzabile la rimessione alla Corte costituzionale di alcune questioni di legittimità costituzionale, ritenute rilevanti e non manifestamente infondate, sollevate dal ricorrente con riferimento all'obbligo vaccinale e si dispone istruttoria al riguardo, si rileva che l'evoluzione della situazione sanitaria in corso, contraddistinta dalla diffusione di nuove varianti del virus, ponga il problema di esaminare l'opportunità, sotto il profilo appunto del rispetto del principio di proporzionalità, di una possibile futura previsione legislativa che prescriva come obbligatorie «ripetute somministrazioni nell'anno per periodi di tempo indeterminati».

[xxvii] Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit.

[xxviii] «Nel bilanciamento tra i due valori, quello dell'autodeterminazione individuale e quello della tutela della salute pubblica, compiuto dal legislatore con la previsione dell'obbligo vaccinale nei confronti del solo personale sanitario, non vi è dunque legittimo spazio né diritto di cittadinanza in questa fase di emergenza contro il virus Sars-CoV 2 per la c.d. esitazione vaccinale» (sent. ult. cit.).

[xxix] V. *supra*, par. 2.

[xxx] La disposizione, contenuta nel testo previgente dell'art. 4, co. 2, d.l. n. 44 cit., è rimasta immutata nel testo attualmente in vigore, che tuttavia, come si dice più avanti nel testo (v. *infra*, par. 4), aggiunge l'inciso, particolarmente rilevante per l'effetto che ne scaturisce e che verrà esaminato, per il quale l'attestazione da parte del medico di medicina generale delle «specifiche condizioni cliniche documentate» deve avvenire «nel rispetto delle circolari del Ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti SARS-CoV-2».

[xxxi] V. *supra*, par. 2.

[xxxii] Nella certificazione trasmessa alla asl, veniva invocata l'applicazione del principio di precauzione in materia sanitaria, facendo leva sull'affermazione del carattere condizionato dell'approvazione dei vaccini anti-COVID; la tesi della natura sperimentale dei vaccini anti-COVID è confutata da Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit., sulla base della considerazione che essi stati approvati a seguito di un rigoroso processo di validazione scientifica e di sperimentazione clinica; sul peculiare modo di atteggiarsi del principio di precauzione nelle fasi di emergenza sanitaria, sempre con particolare riferimento al tema dei trattamenti vaccinali obbligatori per gli esercenti professioni sanitarie, si veda ancora sent. ult. cit., che ne mette in evidenza il funzionamento in termini invertiti rispetto ai tempi ordinari, derivante, a ben vedere, dal suo combinarsi col principio solidaristico in funzione di tutela dei soggetti più vulnerabili: «In fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante, drammatico, indifferibile 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, che però ha seguito - va ribadito - tutte le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di autorizzazione), 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».

[xxxiii] Secondo quanto previsto dal d.l. 22 aprile 2021, n. 52, conv. in l. 17 giugno 2021, n. 87, che statuisce che le disposizioni del comma 1 non si applicano ai soggetti esentati dalla somministrazione del vaccino «sulla base di idonea certificazione medica rilasciata secondo i criteri definiti con circolare del Ministero della salute» (v. artt. 9-*bis*, co. 3; 9-*ter*, co. 3; 9-*ter*.1, co. 2; 9-*ter*.2, co. 2; 9-*quater*, co. 2; 9-*quinqies*, co. 3; 9-*sexies*, co. 7; 9-*septies*, co. 3).

[xxxiv] Che nel bilanciamento effettuato dal legislatore fra interessi antagonisti le ragioni di tutela della salute pubblica siano prevalenti rispetto a quelle della *privacy* dei soggetti interessati è sottolineato dal giudice adito in primo grado (v. *supra*, par. 2).

[xxxv] Nell'ambito delle modifiche recate dal d.l. n. 172 cit., degna di nota, oltre a quella di cui ci si occupa nel testo, è l'attribuzione del potere di adottare l'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale all'Ordine professionale competente, anziché, come nella previgente disciplina, all'asl (art. 4, co. 4, d.l. n. 44 cit., nel testo modificato dal citato d.l. n. 172), nonché il già richiamato effetto (v. *supra*, nt. 22), prodotto da tale atto (la cui natura viene qualificata come «dichiarativa» e «non disciplinare»), di «immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie» - art. 4, co. 4, cit. -, (che sostituisce l'effetto, previsto nel regime anteriore, di sospensione dal solo diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano il rischio di diffusione del contagio), mentre l'adibizione a mansioni anche diverse, che non implicano il rischio di diffusione del contagio, senza decurtazione della retribuzione, è prevista ai sensi del vigente co. 7 nei confronti solo dei soggetti esentati dall'obbligo vaccinale.

[xxxvi] Art. 4, co. 2, d.l. n. 44/2021 cit.

[xxxvii] Circolare del Ministero della salute del 4 agosto 2021.

[xxxviii] Appare significativa, in questo senso, la prassi, instauratasi presso alcune asl nella vigenza del testo originario del d.l. n. 44 cit., di istituire commissioni interne, composte da tecnici incaricati di valutare le certificazioni presentate.

[xxxix] Molto rilevante in tema è la pronuncia del 2013 resa dal Giudice delle leggi sulla vicenda Ilva (Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85 (est. Silvestri), in *Giur. cost.*, 2013, 3, 1424 ss., con nota di V. Onida, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*; D. Pulitanò, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*; R. Bin, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*; G. Sereno, *Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento*): essa ha escluso in radice che il diritto alla

salute possa farsi «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette», in quanto ciò si porrebbe in insanabile contrasto con il pluralismo che informa la Carta repubblicana, fondata, al pari delle costituzioni che reggono gli ordinamenti di altre democrazie contemporanee, sull'«integrazione reciproca» dei diritti fondamentali.

[x] In termini Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit., che richiama l'orientamento espresso dalla sopra citata sentenza della Consulta sul caso Ilva per il quale «tutti i diritti tutelati dalla Costituzione - anche quello all'autodeterminazione - si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri».

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2295 – 22 aprile 2022

SCIA, tutela del terzo e obbligo di riesame. (Nota a Cons. Stato, Sez. IV, 11 marzo 2022, n. 1737)

di Gabriele Serra

Sommario: 1. Premessa. La vicenda contenziosa. - 2. SCIA e tutela del terzo nella giurisprudenza costituzionale. - 3. La sentenza Cons. Stato, Sez. IV, 11 marzo 2022, n. 1737. - 4. Sull'eccezionalità delle ipotesi di "riesame obbligatorio". - 5. Conclusioni.

1. Premessa. La vicenda contenziosa.

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato è tornato ad occuparsi delle forme di tutela del terzo controinteressato rispetto ad una segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), segnatamente e come sovente accade, in materia edilizia, analizzando dette forme anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 45/2019 ed arricchendo gli spunti giurisprudenziali già in precedenza emersi.

Ora, ai fini di una migliore comprensione della decisione e delle considerazioni che seguiranno, è opportuno riassumere la vicenda sottesa alla recente decisione del Consiglio di Stato.

La fattispecie è quella, piuttosto ordinaria, di una rampa carrabile realizzata, nel 2018, in un'area in cui è situato un complesso a destinazione commerciale, a ridosso del confine con la proprietà della società ricorrente che, vista l'opera, aveva presentato istanza di accesso ai documenti e appreso che era stata presentata una DIA nel 2014, poi integrata con SCIA nel 2017 per due volte; di tal che, aveva presentato una istanza al Comune espressamente

rubricata – e il profilo può essere rilevante, come si vedrà – “*Istanza di annullamento DLA/SCIA, ai sensi del combinato disposto degli artt. 19 e 21-nonies della legge 22 agosto 1990, n. 241*”, sollecitando l'amministrazione all'esercizio dei propri poteri in materia. A detta istanza, l'ente aveva risposto, con provvedimento espresso, circa l'infondatezza nel merito, poiché l'intervento edilizio non avrebbe violato le distanze previste nel Regolamento edilizio.

Il T.A.R., sul ricorso proposto avverso tale provvedimento, prendendo atto della sopravvenuta sentenza della Corte Costituzionale 13 marzo 2019 n. 45, lo aveva dichiarato inammissibile, rilevando come la ricorrente avesse tardivamente proposto l'istanza all'amministrazione, in quanto la stessa era stata presentata decorso il termine previsto dalla legge per l'esercizio dei poteri inibitori spettanti in materia alla pubblica amministrazione, pur facendolo decorrere dalla conoscenza della SCIA avuta con l'istanza di accesso. E ciò, sia con riferimento alla domanda di illegittimità dell'omesso esercizio di tali poteri inibitori della pubblica amministrazione, sia alla domanda di annullamento del provvedimento comunale di rigetto dell'istanza^[1].

Ciò posto, giova ricordare alcuni profili in merito alla disciplina normativa in tema di strumenti a tutela del terzo rispetto alla SCIA e alla giurisprudenza della Corte Costituzionale che su di essa si è pronunciata.

2. SCIA e tutela del terzo nella giurisprudenza costituzionale.

Senza potersi dilungare sul punto, è noto che la SCIA abbia subito rilevanti modifiche normative nel corso del tempo e, oggi, sulla base dell'art. 19, comma 1, l. n. 241/1990, il privato che intenda intraprendere una certa attività può presentare all'amministrazione una segnalazione certificata e iniziarne immediatamente l'esercizio^[2].

Per quanto qui rileva, nella sua attuale formulazione, l'art. 19, comma 3 della L. 7 agosto 1990, n. 241 prevede, in capo all'amministrazione competente, in primo luogo, il potere di verificare, entro sessanta giorni dal ricevimento della SCIA (trenta per i casi di "SCIA edilizia", come previsto dal comma 6 *bis*), la sussistenza dei requisiti per l'esercizio dell'attività intrapresa e, in caso di esito negativo, il potere di adottare i provvedimenti inibitori e repressivi.

Il successivo comma 4 poi, prevede comunque che l'amministrazione possa adottare i provvedimenti sopra descritti anche decorso il termine citato, ma solo in presenza delle condizioni di cui all'art. 21 *nonies* L. n. 241/1990^[3].

La norma, come noto, disciplina l'esercizio del potere di autotutela dell'annullamento d'ufficio ed è, anch'essa, stata oggetto di numerose modifiche normative e, nel testo attualmente vigente, il potere è sottoposto alla triplice condizione che: non siano decorsi più di dodici mesi dall'adozione del provvedimento di primo grado (erano diciotto nella disciplina *ratione temporis* applicabile al caso deciso dalla sentenza in commento)^[4]; sussistano “ragioni di interesse pubblico” per l'intervento dell'amministrazione; in ogni caso, si tenga conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Ciò ricordato, tema assai controverso è stato sempre quello della tutela del terzo a fronte della presentazione di una SCIA che abiliti un soggetto allo svolgimento di una attività che possa considerarsi pregiudizievole, quale derivazione dell'altrettanto annoso problema della natura giuridica della SCIA, se inquadrabile come strumento di semplificazione, mantenendo perciò esso natura di atto amministrativo, ovvero di liberalizzazione, conseguentemente essendo qualificabile come atto soggettivamente e oggettivamente del privato[5].

Senza svolgere una analisi diacronica troppo risalente, è noto che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 avesse affermato la natura privatistica della SCIA, quale istituto di vera liberalizzazione, escludendo perciò la sua impugnabilità con una azione di annullamento, ma prevedendo la proponibilità di un'azione formalmente diretta contestare l'atto tacito di mancato esercizio dei poteri inibitori della P.A., che assumeva perciò i connotati di un'azione di accertamento della sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere vincolato e doveroso di inibizione e contestualmente di adempimento e di condanna[6].

Il legislatore intervenne poco dopo detta decisione e, pur confermando l'impostazione "liberalizzatrice" circa la natura dell'istituto in esame, costituente perciò atto privato non direttamente impugnabile, approntò una diversa tutela del terzo che si assumesse lesa: l'art. 19, comma 6 *ter* L. n. 241/1990, introdotto dal D.L. n. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, tutt'oggi prevede che il terzo possa sollecitare con una istanza l'amministrazione all'esercizio delle verifiche ad essa spettanti e, in caso di inerzia della stessa, possa proporre l'azione avverso il silenzio *ex* art. 31 cod. proc. amm.

A fronte del problematico dato normativo in esame, con particolare riferimento al *dies ad quem* per l'esercizio dei poteri sollecitatori del terzo[7], era stata sollevata, dal T.A.R. Toscana, questione di legittimità costituzionale della norma in esame, per violazione degli artt. 3, 11, 97 e 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 1 Protocollo addizionale n. 1 CEDU, dell'art. 6 par. 3 del Trattato UE e art. 117, comma 2, lett. m), Cost.), nella parte in cui non prevede un termine per la sollecitazione da parte del terzo delle verifiche sulla S.C.I.A., esercitabile dunque *sine die*, con pregiudizio perciò dell'affidamento del segnalante circa la legittimità dell'attività intrapresa, del principio di buon andamento della P.A., del principio di certezza dei rapporti tra cittadino e amministrazione[8].

La questione di legittimità costituzionale è stata però respinta dalla Consulta con la sentenza 13 marzo 2019, n. 45, che ha rigettato la tesi del giudice remittente per cui non sarebbe ricavabile dal sistema normativo un termine finale per la richiesta, da parte del terzo, delle verifiche spettanti all'amministrazione[9].

Ad avviso della Corte infatti, il comma 6 *ter* citato, nell'affermare che il terzo possa sollecitare le verifiche spettanti all'amministrazione, deve intendersi riferito proprio ai poteri di cui ai commi 3, 4 e 6 *bis* dell'art. 19 L. 241/1990 e, conseguentemente, ai termini ivi previsti deve farsi riferimento per determinare il momento finale entro il quale il terzo possa sollecitare l'esercizio dei poteri dell'amministrazione (60/30 giorni e poi entro i successivi 18 mesi (oggi 12) in presenza degli altri presupposti dell'art. 21 *nonies*), e proporre, in caso di inerzia, il ricorso avverso il silenzio.

Per usare le parole della sentenza, "decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l'interesse si estingue".

La Corte, nel rilevare possibili profili di *vulnus* alla tutela del terzo derivanti dal principio affermato e paventati dall'ordinanza di rimessione, da un lato, *de iure condito*, richiama gli ulteriori strumenti comunque previsti a tutela del terzo dall'ordinamento, tra cui in particolare l'azione risarcitoria nei confronti della PA in caso di mancato esercizio del doveroso potere di verifica^[10]; dall'altro, *de iure condendo*, rileva che ciò "non esclude l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere".

In merito agli assunti ermeneutici raggiunti dal giudice delle leggi, la dottrina ha subito rilevato, per vero in senso critico, come l'impostazione della Consulta offrirebbe al terzo una tutela parziale, in quanto il grado di tutela dipenderebbe dal momento in cui il terzo abbia ad accorgersi della ritenuta illegittimità della SCIA: "se ciò avviene nei trenta (o sessanta) giorni successivi alla segnalazione (evenienza, come detto, assai rara), egli potrà ambire a una tutela piena; se invece ciò avviene nei successivi diciotto mesi, questi dovrà, come anticipato, accontentarsi di una tutela dimidiata, condizionata, nella sua effettività, dall'esistenza del potere pubblico"^[11].

In questo senso perciò, è stato altresì rilevato che il terzo, nella ricostruzione della Corte, non appare "portatore di un proprio interesse contrario allo svolgimento dell'attività economica o edilizia avviata e per ciò solo meritevole di tutela, bensì titolare di una posizione giuridica meramente strumentale all'accertamento della conformità oggettiva dell'iniziativa alle disposizioni di legge"^[12].

Una diversa questione di legittimità costituzionale della norma, a conferma della complessità del tema e della presenza di interessi confliggenti e tutti meritevoli, in qualche modo, di tutela, era stata proposta, poco prima della pubblicazione della decisione citata della Consulta, anche dal T.A.R. Emilia Romagna, Sez. Parma, questa volta adombrando, specularmente, la violazione del diritto di difesa del terzo controinteressato e la conseguente violazione dell'art. 24 Cost., in quanto, in senso contrario a quanto ritenuto dal T.A.R. Toscana e poi affermato dalla Corte Costituzionale, tale lesione deriverebbe proprio dalla previsione di un limite temporale all'esercizio della tutela del terzo, ricavabile dal sistema^[13].

Detta questione di legittimità costituzionale è stata però dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza dalla Corte Costituzionale, con la sentenza 20 luglio 2020 n. 153, non essendo stato attivato nel giudizio *a quo* un ricorso avverso il silenzio, bensì avendo l'amministrazione riscontrato la diffida del terzo e l'atto in questione era stato impugnato con una ordinaria azione di annullamento; la Corte ha comunque richiamato tutte le conclusioni di cui alla precedente sentenza n. 45/2019 in merito alla tutela del terzo^[14].

3. La sentenza Cons. Stato, Sez. IV, 11 marzo 2022, n. 1737.

Orbene, svolte tutte le citate necessarie premesse, con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha riformato la decisione di primo grado, riassunta in apertura, svolgendo alcune rilevanti considerazioni.

In primo luogo, la Quarta Sezione sottolinea che la Corte Costituzionale ha riconosciuto al terzo la possibilità di sollecitare non solo le verifiche di cui ai commi 3 e 6 *bis* dell'art. 19, ma anche quelle di cui al comma 4, che si esercitano alle condizioni e nei tempi previsti dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990, al quale il comma citato rinvia, con la conseguenza che "ove l'amministrazione adotti un provvedimento di rigetto dell'istanza del terzo, volta a ottenere l'esercizio del potere in autotutela, il terzo medesimo può fare valere in giudizio le proprie ragioni avverse".

Nel caso esaminato dunque, si rileva l'erroneità della sentenza di primo grado che ha affermato l'inammissibilità del ricorso solo perché l'istanza del terzo fosse stata presentata decorso il termine di 30 giorni dalla conoscenza della SCIA edilizia, mentre l'istanza iniziale faceva chiaro riferimento all'art. 21 *nonies*; istanza alla quale, peraltro, il Comune aveva risposto con provvedimento espresso di diniego nel merito, argomentando sulla legittimità dell'opera realizzata, che veniva quindi impugnato con ordinaria azione di annullamento.

Di tal che, da un lato, il termine per la tempestività dell'istanza di sollecitazione delle verifiche da parte del terzo era quello di 18 mesi (oggi 12) di cui all'art. 21 *nonies*, che risultava rispettato; dall'altro, "il fatto che il Comune abbia dato riscontro all'istanza con un provvedimento espresso, sia pure di diniego, rende non decisiva, ai fini della controversia in esame, la questione se, nella specie, il Comune fosse obbligato o meno a rispondere all'istanza medesima".

In altre parole, nel caso di specie si controverteva su un caso del tutto speculare a quello che ha dato origine alla seconda delle menzionate sentenze della Corte Costituzionale, la n. 153/2020, non ponendosi proprio una questione di tutela limitata del terzo, avendo l'amministrazione riscontrato l'istanza del terzo nel merito e l'atto in questione era stato impugnato con una ordinaria azione di annullamento.

Tanto sarebbe bastato ad esaminare il ricorso nel merito e valutare la legittimità o meno della motivazione del provvedimento di diniego in autotutela.

Ciò in quanto, per consolidata giurisprudenza, se l'Amministrazione risponde negativamente a una richiesta di autotutela, tale diniego è impugnabile e sindacabile in sede giurisdizionale solo laddove lo stesso non si atteggi come un atto meramente confermativo di precedenti statuizioni, e come tale privo di autonoma portata lesiva^[15].

Ma la decisione qui annotata procede oltre, ritenendo ciò necessario ai fini conformativi del riesercizio del potere della p.a.

A questo fine, il Consiglio di Stato, richiamando anche alcuna giurisprudenza espressasi già in precedenza in termini, afferma la peculiarità del potere di autotutela dell'amministrazione di cui all'art. 19, comma 4 L. n. 241/1990 rispetto al generale potere di annullamento d'ufficio, che non sarebbe discrezionale nella sua attivazione, come invece sopra visto in linea generale,

ma, in presenza dell'istanza del privato, l'amministrazione sarebbe tenuta ad avviare il procedimento "anche per l'intima connessione di tale potere col più generale dovere di vigilanza che incombe al Comune sull'attività edilizia ai fini dell'ordinato assetto del territorio".

Ciò vieppiù a seguito della sentenza della Corte Costituzionale, che "ha messo in evidenza la questione di possibili lacune nella tutela del terzo confinante rispetto agli interventi realizzati sulla base della SCIA"; di tal che, ad avviso della sentenza in esame, "l'amministrazione, a fronte di una denuncia da parte del terzo, ha l'obbligo di procedere all'accertamento dei requisiti che potrebbero giustificare un suo intervento repressivo e ciò diversamente da quanto accade in presenza di un "normale" potere di autotutela che si connota per la sussistenza di una discrezionalità che attiene non solo al contenuto dell'atto ma anche all'*an* del procedere, (...) in quanto coniuga in modo più equilibrato le esigenze di liberalizzazione sottese alla SCIA con quelle di tutela del terzo (e, ora, viene incontro alle preoccupazioni manifestate dalla Corte costituzionale)"[16].

Di tal che, ritenendo fondato nel merito il ricorso, giacché, in senso contrario a quanto affermato nel provvedimento di diniego di annullamento d'ufficio, è risultata la violazione delle distanze stabilite dal Regolamento edilizio comunale, la sentenza qui in esame conclude che "l'Amministrazione comunale, nell'esercitare nuovamente, a seguito dell'annullamento, il proprio potere in autotutela secondo quanto stabilito dalla presente sentenza, verificherà la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21-nonies, della legge n. 241/1990".

4. Sull'eccezionalità delle ipotesi di "riesame obbligatorio".

Ora, la decisione in commento stimola alcune osservazioni, che potremmo compendiare nella nota espressione manzoniana *adelante con juicio*.

È, infatti, in primo luogo, doveroso riconoscere come la formulazione dell'art. 19, comma 6 *ter* L. n. 241/1990, anche per come interpretata dalla Corte Costituzionale, abiliti a ritenere che l'amministrazione, sull'istanza del terzo controinteressato all'attività economica o edilizia intrapresa sulla base di una SCIA, sia tenuta a riscontrare detta istanza, anche se rivolta all'attivazione delle verifiche alle condizioni di cui all'art. 21 *nonies* L. n. 241/1990, avviando il relativo procedimento; se non altro, per la chiara attribuzione al terzo del rimedio del ricorso avverso il silenzio in caso di inerzia.

E tuttavia, le deviazioni rispetto alle ordinarie regole che governano il potere di autotutela dell'amministrazione si fermano (e devono fermarsi) qui.

Infatti, in linea generale, deve essere richiamato e ribadito il principio, davvero consolidato nella giurisprudenza e nella dottrina, per cui non si ravvisa alcun obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta ad ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile *ab extra* l'attivazione del procedimento di riesame, costituendo l'esercizio del potere di autotutela facoltà ampiamente discrezionale dell'Amministrazione, che non ha alcun dovere giuridico di esercitarla, con la conseguenza che essa non ha alcun obbligo di provvedere su istanze che ne sollecitino l'esercizio, per cui

sulle stesse non si forma il silenzio e la relativa azione, volta a dichiararne l'illegittimità, è da ritenersi inammissibile^[17].

Invero, proprio la disciplina di cui all'art. 19, comma 6 *ter* L. 241/1990 in tema di SCIA, è stata valorizzata, in dottrina, al fine di affermare come l'avvio del potere di autotutela debba considerarsi "obbligatorio" in presenza dell'istanza del privato che lo solleciti^[18].

Unitamente alla norma citata, vengono richiamati, quali indici ulteriori in tal senso, le c.d. denunce qualificate, in particolare con riferimento alle Autorità Indipendenti^[19]; le norme in materia di autotutela tributaria^[20]; le considerazioni giurisprudenziali in merito all'obbligo di riesame in caso di istanza presentata durante la pendenza del termine per impugnare^[21], nonché in presenza di riesame esercitato su analoghe istanze presentate da altri soggetti nella medesima situazione^[22].

Altra fattispecie ritenuta rilevante sarebbe quella dell'obbligatorio riesame del provvedimento di primo grado, pur divenuto definitivo, per contrasto con il diritto dell'Unione Europea, sulla scorta di quanto ritenuto dalla Corte di Giustizia in presenza di determinati requisiti^[23]; impostazione peraltro anche recentemente confermata dalle note sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in tema di concessioni demaniali marittime, che, pur non ritenendo integrata la fattispecie, hanno espressamente ribadito tali assunti^[24].

Su tali basi, si giungerebbe dunque ad affermare che il soggetto che invochi l'esercizio del potere di autotutela in capo alla p.a. sarebbe titolare di una posizione giuridica soggettiva qualificata, che dovrebbe in generale essergli riconosciuta quando potrebbe ricevere dall'annullamento in autotutela un vantaggio specifico e differenziato rispetto all'interesse generale alla legalità^[25].

Ma questa generalizzazione non è tuttavia condivisibile.

Come lucidamente rilevato da altra recente dottrina infatti, a livello generale, la qualificazione di una situazione giuridica soggettiva necessita di indici positivi di rilevanza per l'ordinamento, non essendo sufficiente la mera corrispondenza di un interesse materiale privato con l'esercizio di un potere amministrativo; in particolare, "non sembra che possa ritenersi autonomamente qualificato dall'ordinamento l'interesse di chi aspiri a ottenere l'annullamento d'ufficio di un atto lesivo", in quanto nessun indice normativo conduce in tal senso, né l'art. 21 *nonies* fa riferimento alla posizione dell'istante^[26].

Dunque, le argomentazioni sull'obbligo di riesame, pure rese dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento, devono restare ben circoscritte alla situazione dell'amministrazione che riceva una istanza di esercizio delle verifiche di sussistenza dei requisiti per l'esercizio dell'attività oggetto della SCIA; sotto questo profilo d'altronde, non si tratta, nel caso di specie, propriamente dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio in senso proprio, in quanto, come noto, manca un provvedimento amministrativo di primo grado su cui intervenire, stante la natura privata della SCIA^[27].

Esso è più propriamente un potere di controllo spettante all'amministrazione *ex post*, mancando il controllo a monte tipico dei provvedimenti autorizzatori, trattandosi di attività sì libera, ma pur sempre soggetta a regole; ecco che quindi ciò può spiegare come rispetto a

questi poteri sia ammessa una facoltà di sollecitazione da parte dei privati interessati più forte e garantita^[28].

5. Conclusioni.

Tali considerazioni assumono una ancor più centrale importanza a mente del fatto che le tesi dottrinali, sopra citate, che hanno proposto una generalizzazione dell'obbligo di riesame, si sono altresì espresse nel senso di una generale vincolatività nel merito dell'annullamento d'ufficio in presenza di una accertata illegittimità, eliminandosi in tal modo qualsiasi valutazione discrezionale che non sia indotta, in sostanza, da un dubbio circa la reale illegittimità dell'atto^[29].

Accogliendo dunque questa impostazione, dovrebbe concludersi vieppiù nel caso della istanza del terzo rispetto alla SCIA circa il vincolo in capo all'amministrazione di esercitare i poteri inibitori (o più probabilmente repressivi, visto il tempo decorso), laddove la SCIA fosse stata presentata in carenza dei requisiti, senza che l'amministrazione possa svolgere quella discrezionale valutazione comparativa tra i diversi interessi coinvolti, come previsto ed imposto dall'art. 21 *nonies* a garanzia dell'affidamento del privato (*rectius*: segnalante).

Ma tale impostazione appare assai validamente confutata ancora da quella dottrina che ha messo in luce come sia senz'altro vero che sussiste la necessità che l'amministrazione persegua, mediante il controllo spontaneo degli atti assunti, la legalità del proprio operato e che quindi l'autotutela assume anche una funzione di "giustizia nell'amministrazione", ma, a fronte di tali esigenze, nondimeno "si stagliano i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, con forza e riconoscimento oggi sempre più robusti"^[30].

È ancora perciò centrale, nel bilanciamento, la necessità di una ponderazione discrezionale da parte dell'amministrazione nell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, ricordandosi peraltro come l'art. 97 della Costituzione non ponga su un piano sovraordinato la legalità dell'azione amministrativa rispetto al suo buon andamento, che compendia la cura dell'interesse pubblico concreto e l'affidamento meritevole di tutela del privato^[31].

Tali considerazioni appaiono pienamente applicabili anche al, pur particolare, caso del potere di intervento dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 19, comma 4 L. n. 241/1990, sollecitato dal terzo che si assuma lesa da una SCIA.

Sul piano del diritto positivo, la norma citata chiaramente è riferita alla sussistenza delle condizioni di cui all'art. 21 *nonies* L. n. 241/1990, la quale, proprio in ossequio alle esigenze di tutela dell'affidamento del privato, richiede una necessaria ponderazione degli interessi pubblici e privati confliggenti. Ma, inoltre, con particolare riferimento alla SCIA, ciò si impone ancor di più nel momento in cui il legislatore, ormai si è chiarito, abbia, con tale istituto, voluto disancorare l'esercizio di attività economiche e edilizie dalla necessità di una previa autorizzazione amministrativa^[32].

In ultimo, e il caso oggetto della sentenza qui annotata ne pare essere una valida cartina al tornasole, può fungere da chiave di sufficiente tutela delle esigenze del terzo, l'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine per la presentazione dell'istanza di sollecito allo

svolgimento delle verifiche della P.A. dalla conoscenza dell'avvenuta presentazione della SCIA stessa.

Invero, la sentenza di primo grado oggetto dell'appello qui esaminato, aveva proprio valutato la tempestività dell'istanza di sollecito dei poteri di verifica della P.A. facendo decorrere il termine per la sua presentazione "dalla piena conoscenza della medesima, a seguito dell'ostensione dei relativi atti da parte dell'Amministrazione comunale in riscontro all'istanza di accesso proposta dalla ricorrente medesima".

Il profilo citato appare peraltro l'unico spazio interpretativo residuo per garantire, *de iure condito*, una sufficiente tutela del terzo rispetto ad una SCIA, in quanto qualsiasi ulteriore strumento appare invero sconfinare sul terreno proprio del legislatore, anche alla luce dell'invito rivolto dalla Corte Costituzionale, con la citata sentenza n. 45/2019.

Esso infatti, come anticipato, è rivolto, oltre che a impedire il decorso dei termini per le verifiche in presenza di una sollecitazione, proprio a operare una modifica normativa volta a consentire al terzo una conoscenza della SCIA "più immediata": maggiore immediatezza proprio rispetto all'ordinaria conoscenza, acquisibile per il tramite di una istanza di accesso ai documenti amministrativi, della SCIA presentata.

[1] La decisione di primo grado oggetto dell'appello qui esaminato è T.A.R. Sardegna, Sez. II, 20 marzo 2020, n. 177, in www.giustizia-amministrativa.it.

[2] In argomento la bibliografia è particolarmente vasta. V., senza pretesa di esaustività, M.A. Sandulli, *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) (artt. 19 e 21 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020; G. Strazza, *La s.c.i.a. tra semplificazione, liberalizzazione e complicazione*, Napoli, 2020; M.A. Sandulli, *La s.c.i.a. nei decreti attuativi della "riforma Madia"*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Milano, 2016, 74 ss.; N. Paolantonio, W. Giulietti, *Commento all'art. 19*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 748 ss.; F. Liguori, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a. - s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4.

[3] Come noto, il riferimento all'art. 21 *nonies* non vale, tuttavia, a qualificare il potere della p.a. sulla SCIA in termini di autotutela decisoria, non venendo qui in rilievo l'esercizio di un potere di secondo grado, stante la mancata adozione di un atto a monte da parte dell'autorità competente. La disciplina dell'annullamento d'ufficio viene, invece, richiamata con riguardo alle condizioni legittimanti l'esercizio del potere inibitorio/conformativo da parte della p.a., come stabilite, appunto, nell'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990 (cfr. A. Briamonte, *SCIA e tutela del terzo: la Corte Costituzionale si pronuncia sul termine ex art. 19, comma 6-ter, l. n. 241/1990*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 1, 2020, 125).

[4] Con riferimento alla SCIA, l'articolo 2, comma 4, del d.lgs. n. 222/2016 ha precisato che il termine *de quo* decorre dalla scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell'amministrazione competente.

[5] In tema V. V. Cerulli Irelli, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 55; F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, 241; M. Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, 139; F. Liguori, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000 E. Boscolo, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge n. 241/1990 ed altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001; L. Ferrara, *DLA (e silenzio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. Amm.*, 2006, 4, 759 ss.

[6] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 2011, n. 15, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2012, 139 ss. con note di R. Ferrara, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo* e di L. Bertozzi, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90* e in *Riv. Giur. Edil.*, fasc.2-3, 2011, 533, con nota di M.A. Sandulli, *Primissima lettura della Adunanza plenaria n. 15 del*

2011. È altresì noto che la Plenaria riconobbe anche la possibilità di proporre l'azione in via cautelare, prima ancora del perfezionarsi del termine per l'esercizio del potere inibitorio da parte dell'amministrazione.

[7] In argomento V. A. Berti Suman, *Scia e tutela del terzo. Le questioni aperte dopo la riforma Madia ed i decreti attuativi SCLA1 e SCLA2*, in www.giustizia-amministrativa.it, 17 giugno 2017. Sostanzialmente, per una prima impostazione, decorsi i termini di sessanta o trenta giorni, al terzo sarebbe consentito unicamente stimolare l'azione di autotutela della P.A., senza garanzia, quindi, che pur a fronte di una S.C.I.A. illegittimamente presentata, l'Amministrazione eserciti i propri poteri repressivi. Tale tesi assicura la stabilizzazione delle posizioni giuridiche, ma certamente compromette la situazione del terzo, dato il ristretto lasso di tempo decorso il quale la carenza dei presupposti non conduce più, automaticamente, all'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3. Secondo una diversa impostazione, il terzo potrebbe sempre ottenere l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3 (inibitori), ancorché siano decorsi i termini. L'opposta interpretazione finirebbe infatti per frustrare le esigenze di tutela del controinteressato, tenuto conto che, decorsi i brevi termini di legge (e tenuto anche conto che egli potrebbe non avere immediata conoscenza della S.C.I.A.), la salvaguardia della propria posizione sarebbe condizionata al giudizio discrezionale della Pubblica Amministrazione. Pertanto, se è vero che la tutela del terzo non può essere subordinata all'apprezzamento di interessi pubblici ulteriori rispetto al ripristino della legalità e se, al contempo, è vero che l'art. 19 comma 6 *ter* non stabilisce un termine decadenziale per la sollecitazione, è giocoforza ritenere che il terzo sia legittimato sine die a richiedere all'Amministrazione di intervenire sull'attività privata.

[8] Cfr. T.A.R. Toscana, Sez. II, con l'ordinanza dell'11 maggio 2017, n. 667, in *Riv. Giur. Edil.*, 2017, 2, I, 328. In tema v. R. Bertoli, *SCLA e tutela del terzo: decadenza del potere inibitorio e pretesa al suo esercizio*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2017, 6, 1392 ss.

[9] Corte Cost., 13 marzo 2019, n. 45, in *Foro Amministrativo (It)*, fasc.5, 2019, 762, con nota di C. Villanacci, *La tutela del terzo nella SCLA: natura e limiti dei poteri della pubblica amministrazione nella ricostruzione della Corte Costituzionale* e in *Riv. Giur. Edil.*, fasc. 2, 2019, 318, con nota di S. Capozzi, *SCLA e tutela del terzo: la Consulta chiarisce*.

[10] Inoltre, la Corte menziona i poteri di cui all'art. 21, della legge n. 241 del 1990, precisamente nella sollecitazione dei poteri di verifica dell'amministrazione in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni (comma 1), nei poteri di vigilanza, prevenzione e controllo previsti da leggi di settore (comma 2 bis), tra i quali quelli in materia di edilizia, regolati dagli artt. 27 e ss. del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

[11] G. Mannucci, *I limiti alla tutela dei terzi in materia di Segnalazione certificata di inizio attività*, in *Giur. Cost.*, fasc. 2, 2019, 730.

[12] F. Savo Amodio, *S.c.i.a. e tutela del terzo: la complessa ricerca di un equilibrio*, in *Riv. Giur. Edil.*, fasc.1, 2020, 29

[13] Cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. II, ord. 22 gennaio 2019, n. 12, in *Riv. Giur. Edil.*, 2019, 1, I, 186.

[14] Cfr. Corte Costituzionale, 20 luglio 2020, n. 153, in *Giur. Cost.*, 2020, 4, 1737.

[15] Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2019, n. 2645; Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2019, n. 1080, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

[16] In tal senso, la decisione richiama il precedente di Cons. Stato, VI, 3 novembre 2016, n. 4610, che si può v. in *Foro it.*, 2017, 3, III, 143, con nota di V. Mirra.

[17] Cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. IV, 12 settembre 2018, n. 5344, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, v. la già risalente posizione di G. Codacci Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 151; più recentemente F. Bonamassa, *Brevi riflessioni sulla natura discrezionale del potere di annullamento d'ufficio*, in A. Sandulli, G. Piperata (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo. Vent'anni dopo*, Napoli, 2011, 369 ss. Sul tema si v. anche i contributi di F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015; Id., *Profili evolutivi dell'autotutela (decisionale) amministrativa*, in A. Rallo, A. Scognamiglio (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione: Procedimento amministrativo ed attività produttive imprenditoriali*, Napoli, 2016, 9 ss.; Id., *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, n. 8/2017; Id., *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.;

[18] Cfr. in particolare M. Allena, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018.

[19] Su cui V. L. De Lucia, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 717 ss.

[20] Il decreto del Ministro delle finanze 11 febbraio 1997, n. 37, contiene un vero e proprio "Regolamento sull'esercizio del potere di autotutela da parte degli organi dell'Amministrazione finanziaria".

[21] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6056, in www.giustizia-amministrativa.it.

[22] Essendo ciò imposto dal principio di imparzialità. In tal senso cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 ottobre 1995, n. 1227, in www.giustizia-amministrativa.it.

[23] Ci si riferisce evidentemente alle sentenze Corte di giustizia, 13 gennaio 2004, in C-453/00, *Kühne & Heitz* e Corte di giustizia, Grande sezione, 12 febbraio 2008, in C-2/06, *Willy Kemper*. I requisiti sono, come noto, che: a) l'amministrazione disponga secondo il diritto nazionale del potere di riesame; b) l'atto amministrativo sia divenuto definitivo a seguito di una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza; c) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della CGUE successiva alla medesima, risulti fondata su una interpretazione errata del diritto adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale. Vale peraltro già qui richiamare la tesi dottrinale che ha evidenziato come dalle sentenze della Corte di Giustizia citate non si ricava neppure un obbligo di riesame da parte dell'amministrazione in tali casi, ma solo il rispetto del principio di equivalenza, per cui l'atto amministrativo anticomunitario deve essere annullabile d'ufficio alle stesse condizioni di quello in contrasto con la normativa nazionale; infatti, le sentenze sono state rese con riguardo ad ordinamenti nei quali è previsto, a differenza del nostro, in via generale un dovere di riesame (Cfr. M. Silvestri, *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2021, 106-110, a cui si rinvia per ulteriori riferimenti dottrinali adesivi).

[24] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, nn. 17-18, par. 40, sulle quali si possono v., in questa Rivista, i contributi di M.A. Sandulli, *Sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria* e F. P. Bello, *Primissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*. Si può altresì v. il fascicolo monotematico dalla Rivista *Diritto e Società* n. 3/2021 "La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria", su cui, in questa Rivista, v. la recensione di F. Francario, *Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*.

[25] Peraltro, come si vede, ciò è proprio quanto la dottrina ha affermato in senso critico rispetto alla decisione della Corte Costituzionale, alla quale si obietta di ritenere che i poteri del terzo denunciante esistano (e si estinguano) col potere dell'amministrazione, negando perciò autonomia alla sua posizione giuridica soggettiva. (Cfr. G. Mannucci, *op. cit.*); in termini anche R. Greco, *I titoli edilizi "semplificati" dopo il Decreto-Legge 16 luglio 2020, n. 76*, in www.giustizia-amministrativa.it, che rileva che "e invero, il "cuore" dell'intera problematica qui trattata ruota proprio attorno alla figura del terzo che si assuma pregiudicato dall'attività altrui avviata sulla base di una SCIA: se a costui si riconosce effettivamente una posizione giuridica sostanziale di tipo "oppositivo", tale da fondarne la legittimazione e l'interesse a reagire in sede giurisdizionale (benché ordinariamente ci si riferisca a tale soggetto con la locuzione di "controinteressato"), allora si pone un serio problema di effettività della tutela attualmente riconosciuta dall'ordinamento. Se, invece, si volesse degradare l'interesse oppositivo del proprietario limitrofo a interesse di mero fatto, negandogli una situazione giuridica qualificata (ma questo neanche la Corte costituzionale lo ha sostenuto), allora sarebbe coerente la mancata previsione di specifici rimedi processuali a suo favore".

[26] Il riferimento è a M. Silvestri, *op. cit.*, in part. 135-139. Tutto il lavoro è invero dedicato alla confutazione, pienamente condivisibile, delle recenti tesi emerse in merito all'annullamento d'ufficio, tanto con riferimento a quelle, qui richiamate, circa la doverosità dell'autotutela, quanto quelle, che peraltro appaiono condurre a conclusioni opposte, in merito all'"esauribilità" del potere di autotutela.

[27] In tema v. 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.

[28] Cfr. M. Silvestri, *op. cit.*, 140.

[29] Cfr. M. Allena, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 111 ss., che parla di "presunzione relativa" della necessità di annullare d'ufficio l'atto illegittimo (141). Recentemente v. la panoramica esposta da N. Durante, *L'autotutela doverosa*, in www.giustizia-amministrativa.it.

[30] M. Silvestri, *op. cit.*, 149.

[31] Cfr. M. Silvestri, *op. cit.*, 151.

[32] Sul tema, si v., *ex multis*, M. Clarich, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere al mercato?*, in *Astrid - Rassegna*, n. 17, 2014, e, sul rapporto tra semplificazione e liberalizzazione, G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della l. n. 124/2015*, in *Dir. Amm.*, 2016, 1-2, 107 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2544 – 24 novembre 2022

La “transizione” come ordinamento giuridico^[i]

di Giuseppe Severini (Presidente di Sezione emerito del Consiglio di Stato)

Sommario: 1. Il paradigma giuridico della “transizione” – 2. Sulla relazione tra resilienza, transizione e sostenibilità – 3. Su natura e latitudine del PNRR – 4. La consistenza giuridica della “transizione” – 5. Il risultato tempestivo come principio dell’ordinamento della “transizione” – 6. La normativa sulla “transizione” e l’ordinamento generale – 7. Insidie e incongruenze normative.

1. Il paradigma giuridico della “transizione”

Nel linguaggio del diritto, l’alternarsi di paradigmi giuridici è segnato – com’è in genere per i mutamenti prospettici - dall’ingresso attraverso i “cancelli delle parole”^[ii] di nuove formule che relativizzano quelle finora egemoni.

Si tratta di solito, almeno in origine, di espressioni dal significato non preciso ma di cui è manifesto l’orientamento – il c.d. *valore*, di cui esprimono il “punto di attacco” - e che sintetizzano indirizzi, principi, obiettivi, modelli organizzativi nuovi, tesi a ridurre o modificare gli spazi di quelli ancora dominanti, cui si addebitano incoerenze e disfunzionalità^[iii]. Il passaggio successivo, di consolidamento, è che il loro nuovo “diritto fondato sui valori” venga mediante congrue fonti di diritto specificato attraverso, finalmente, un “diritto fondato sulle norme”^[iv]. Il che, però, avviene spesso in modo meno coerente e compiuto di quanto ci si potrebbe attendere in nome della sicurezza giuridica.

Così oggi, a guardare al punto di attacco, il paradigma della *transizione* è segnato dall'ingresso di nuove formule linguistiche quali *resilienza*, *transizione*, *sostenibilità*, e così via. Si direbbero parole-chiave utili a una rilevazione formale di novità ma in realtà recano nel mondo del dover essere nuovi concetti[v], seppur in attesa di più compiuti significati giuridici dal reale valore precettivo: per il che occorre una sufficiente determinatezza di oggetto e una definita e adeguata strumentazione organizzativa e procedimentale.

Già nel linguaggio comune, del resto, il loro ingresso, nel senso che oggi si intende, non pare ancora di accezione precisa. Sono espressioni per lo più mutate dall'inglese (*resilience*, *transition*, *sustainability*, ...) e già la non perfetta corrispondenza semantica all'apparenza fonetica (c.d. *false friends*: omonimi ma non sinonimi) genera indeterminatezze e malintesi. Per noi, ad es., lo accentua quanto è mostrato da, *tertium comparationis*, la traduzione dall'inglese al francese (*résilience*, *transition*, *durabilité*, ...): lì il significato di *sustainability* meglio si misura, più che con una tollerabilità nell'equilibrio complessivo del pianeta, con la sua costanza nella dimensione temporale, come sarebbe più efficace per noi con il parlare di *stabilità* o *durevolezza* o simili[vi]. Quanto alla *transition*, è espressione di cui venne fatto ampio uso nel dopo-Guerra Fredda a indicare la transizione alla democrazia liberale e al mercato del mondo ex-sovietico e più ancora la convergenza globale, con la "fine della storia", nell'immaginato nuovo ordine mondiale[vii].

2. Sulla relazione tra resilienza, transizione e sostenibilità

Questo paradigma ha un modello in scala nell'esperienza, concretizzata circa dal 2005, delle c.d. *Transition Towns* (dapprima Kinsale, in Irlanda e Totnes, in Inghilterra, poi diffusa altrove) promossa dall'ambientalista Rob Hopkins nell'assunto di preparare quelle comunità alle sfide del riscaldamento globale e del picco dei costi e delle disponibilità energetiche tradizionali, e in vista della generale prevenzione di conseguenze irreparabili provenienti da inquinamento, distruzione della biodiversità, ecc.. Dal che l'incentrarsi sulla *resilienza* – cioè *adattività*: la capacità di adattarsi flessibilmente ai cambiamenti che impattano dall'esterno, senza attendere di degenerare – da orientare, mediante appunto i mezzi della *transizione*, verso il nuovo equilibrio durevole concretato nella *sostenibilità*: anzitutto *verde* ma anche *digitale*, cioè tecnologica. Come dire: la *resilienza* è la condizione di presa di conoscenza del disequilibrio generato e di formazione di una nuova visione e volontà di reazione; la *sostenibilità* è l'obiettivo da allora raggiungere mediante un percorso uniforme pianificato e guidato, sinteticamente chiamato *transizione*.

In questa prospettiva, la *transizione* non viene assunta a mero effetto, ma considerata un insieme complesso di programmi, di piani, di norme e di risorse dedicate; e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) è – in termini definitivi[viii] e delimitatori – viene indicato a suo strumento di base, organizzativo e pianificatorio, sul quale essa si incentra[ix].

3. Su natura e latitudine del PNRR

Il PNRR, per il vero, è un atto di non ben definita natura[x] e delimitazione, oltre che di non facile lettura anche per la sua dimensione (attualmente, 271 pagine) e soprattutto per il

linguaggio spesso atecnico ed estraneo ai canoni di chiarezza e precisione, essenziali alla sicurezza giuridica, evidentemente non assunta nel suo consapevole valore. È, nell'ordinamento interno, lo strumento di attuazione dell'insieme degli atti di diritto derivato UE relativi al *Green Deal*: atti essenzialmente della Commissione UE, anzitutto il *Recovery Plan* UE o "Piano per la ripresa dell'Europa", basato sulla strumentazione finanziaria *Next generation EU*, finalizzata a una "ripresa sostenibile, uniforme, inclusiva ed equa"^[xi]. È importante rilevare che, in quanto oggetto di sostanziale negoziazione con, e approvazione da parte della, Commissione europea, in virtù del regolamento UE n. 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, "che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza", può essere modificato; e che ciò vale anche per gli accordi operativi (*operational arrangements*) che a valle di esso dettagliano per contenuti e meccanismi di verifica le sue tabelle (mediante *milestone target*). Si tratta insomma di un complesso di atti essenzialmente politico-programmatici, di loro non normativi, che può sempre essere rinegoziato – specie al mutare delle circostanze - con la stessa Commissione europea.

Quel che importa qui rilevare è che ci si trova di fronte alla *transizione* intesa non come mero risultato di passaggio da una situazione ad un'altra, idealmente istantaneo pur se articolato e frammentato; ma come situazione di durata che si articola e sviluppa mediante vari strumenti dedicati e lungo prestabilite e cogenti coordinate temporali: un processo complesso, in parte decentrato e articolato in varie competenze: comunque una situazione intermedia che muove verso obiettivi assunti a valori primari di *policy* generale (essenzialmente, transizione ecologica e transizione digitale, ma anche – a quanto vi viene assunto - recupero di vari "ritardi che storicamente penalizzano il Paese, relativi ai giovani, alla parità di genere e al divario territoriale"). È perciò – suggerisce la stessa matrice del termine – una fase attiva di trasformazione complessiva, permanente lungo un tempo stabilito e stimato necessario alla sua implementazione, governato da istituti particolari rispetto a quelli ordinari, che nondimeno permangono parallelamente.

4. La consistenza giuridica della "transizione"

Per il giurista cui compete affrontare operativamente il tema con il suo proprio strumentario e alla luce delle categorie che caratterizzano e compongono lo Stato di diritto, la conseguenza di questa rilevazione porta anzitutto a ricercare i fondamenti del nuovo paradigma che così si delinea. La *transizione*, in questa prospettiva, non è solo un obiettivo di politica generale: essa concretizza di suo, per quel tratto di tempo, un *ordinamento giuridico*, come sembra suggerire *in nuce* l'esperienza proattiva di quelle piccole città – metafora dell'ordinamento giuridico^[xii] -, con suoi propri principi e sue proprie regole, che coesiste a fianco di quello ordinario e con quello variamente interagisce, in proporzione agli obiettivi suoi propri e alle invarianze di quello.

Non solo: si direbbe che la pretesa sia quella di un ordinamento giuridico - è da rilevare - non di semplice *deroga* episodica ma di tendenziale *eccezione*: non, cioè, una serie incoerente di *regole speciali* rispetto a quelle ordinarie; bensì formule organizzative e procedurali specifiche ed orientate a una loro referenzialità che tendono a porsi come un insieme di eccezioni.

Il fondamento di questo carattere poggia sull'assetto orientato che l'UE, facendo leva coercitiva sulle cinquantuno *condizionalità* di utilizzazione^[xiii] che ha posto alle sue capacità

di finanziamento, figura - in vista di una prospettiva globale - per gli Stati membri a fronte dell'emergenza ambientale e climatica: ciò sulla scorta di quanto già assunto progettualmente con le politiche proposte dalla Commissione tra 2019 e 2020 e sintetizzate appunto in *European Green Deal*, ovvero *Patto Verde per l'Europa*, che assume l'obiettivo generale di raggiungere la neutralità climatica in Europa entro il 2050. Il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* italiano trascende tuttavia questo *obiettivo generale* perché si sviluppa intorno a tre assi strategici: non soltanto transizione ecologica ma anche digitalizzazione e innovazione, e inclusione sociale. E a tal fine, con un'evidente ampiezza di latitudine, si articola in sei *missioni* (digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; inclusione e coesione; salute). Queste sono figurate corrispondere ai sei *pilastr*i posti dall'art. 3 del regolamento (UE) 2021/241 (*“che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza”*) del 12 febbraio 2021: *a*) transizione verde [dove centrale è il principio di *“non arrecare un pregiudizio significativo”* (*“Do No Significant Harm”* (DNSH) all'ambiente, sulle cui basi - da sviluppare da noi anzitutto sulla base di fonte primaria - va tecnicamente valutata la *compatibilità* effettiva delle singole iniziative]; *b*) trasformazione digitale; *c*) crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, che comprenda coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione, e un mercato interno ben funzionante con PMI forti; *d*) coesione sociale e territoriale; *e*) salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, al fine, fra l'altro, di rafforzare la capacità di risposta alle crisi e la preparazione alle crisi; *e*) politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani, come l'istruzione e le competenze.

In effetti, se si guarda alle varie e molteplici formule in cui il PNRR declina la *transizione*, con i suoi *traguardi* e *obiettivi*, parrebbe conseguenziale constatare che il principio ispiratore di questo diritto della transizione tenda a porsi come eccezione al carattere generale dello Stato di diritto quale *democrazia procedurale* che impronta, nel diritto amministrativo, la prevalenza della struttura del procedimento, metodo acquisitivo e dialettico per produrre di volta in volta la miglior cura degli interessi pubblici.

5. Il risultato tempestivo come principio dell'ordinamento della “transizione”

È nondimeno da rammentare l'assunto, formulato da Schumpeter^[xiv], Kelsen^[xv], Bobbio^[xvi], Dahl^[xvii] e ampiamente ripreso, che la democrazia acquisti ormai crescente carattere *procedurale* piuttosto che *sostanziale*. Come proiezione dello Stato di diritto, si incentra ben più sul *come* che sul *cosa*; sul rispetto di regole e procedure, improntate a confronto, partecipazione e trasparenza, piuttosto che sul conseguimento comunque di risultati prefigurati una volta per tutte intorno a un progetto. Da questa connotazione discende, nella formulazione operativa, la concezione garantistica del procedimento amministrativo sviluppata nella seconda metà del sec. XX che ha dato corpo all'impianto della legge n. 241 del 1990^[xviii].

Avviene invece che in quest'ordinamento della *transizione* sia affiancata alla dimensione procedurale un'accentuazione sostanziale, e non soltanto arricchendo di norme speciali, essenzialmente semplificatorie, quelle ordinarie. ciò in vista dell'esigenza di fondo di raggiungere - resistendo anche al mutamento dell'indirizzo politico parlamentare - entro un

tempo prefissato gli obiettivi stabiliti di sostenibilità, vista la loro indefettibilità una volta considerata la non sostenibilità dell'impiego delle risorse sinora praticato.

Il risultato parrebbe dunque, in buona parte, entrare nel metodo e condizionarlo, andando oltre le implicazioni della democrazia rappresentativa, che ha nelle norme poste dal legislatore la centrale fonte del diritto e nel costruito delle fonti che ne deriva il suo corollario^[xix]. Il principio fondamentale cui fare riferimento e che tende a innervare le previsioni discendenti dal PNRR è, in questa prospettiva, ancorato all'effetto risolutivo del mancato rispetto delle condizionalità imposte dalla Commissione UE. Diviene perciò centrale il conseguimento del risultato prestabilito^[xx]. Questa convergenza si potrebbe sintetizzare in un enunciato prescrittivo che vale al tempo stesso come metodo e come criterio interpretativo: *il conseguimento tempestivo del risultato stabilito dal PNRR*.

Questo principio del risultato tempestivo si pone dunque come il precipitato reale della coercitività di fatto del supporto finanziario UE e delle inerenti condizionalità, in rapporto al quale il *cosa* va a orientare il *come*. È agevole rilevare che domina la scena del PNRR: o mediante norme *ad hoc* (ad es., le norme processuali acceleratorie del contenzioso sui contratti pubblici poste dapprima dal d.l. 7 luglio 2022, n. 85 e poi definite dall'art. 12-*bis* del d.l. 7 luglio 2022, n. 85, come conv. dalla l. 5 agosto 2022, n. 108) o – in un'asistematicità di fonti che talora sembra quasi echeggiare tratti di quella dell'emergenza sanitaria, e comunque poco apprezzabile dall'operatore pratico – additando comunque con norme di chiusura soluzioni che, ove ragionevole, fronteggino le non poche contraddizioni e lacune delle norme *ad hoc*. È in questo complesso scenario che si pone anche la questione del rilievo da attribuire a *non-norme*, pur copiosamente prodotte al riguardo (come ad es. le ormai numerose circolari della Ragioneria Generale dello Stato).

6. La normativa sulla “transizione” e l'ordinamento generale

Così, se si ha riguardo al c.d. “decreto semplificazioni-*bis*”, cioè al decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 (*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*), conv. dalla l. 29 luglio 2021, n. 108 – probabilmente il principale strumento normativo per definire modi e forme organizzative con cui dar seguito al PNRR^[xxi] – queste considerazioni conducono a rilevare che l'interpretazione va affrontata alla luce, seppur in misura proporzionata, non soltanto delle forme procedurali (come normalmente sarebbe e che comunque per le ragioni di sistema ricordate rimangono prevalenti), ma anche del *risultato tempestivo* cui sono funzionali. Del resto, è lo stesso art. 1, comma 2, a esplicitarlo quando stabilisce, appunto con norma di chiusura, che «*ai fini del presente decreto e della sua attuazione 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*». Il che vale in particolar modo per quel *Titolo III*, che introduce *procedure speciali* per alcuni progetti PNRR, appunto di eccezione a quelle ordinarie, come ad es. all'art. 44, dedicato a semplificazioni procedurali in materia di nominate opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto^[xxii].

Con queste tendenziali coordinate di base il giurista si trova ad affrontare in termini operativi le forme della *transizione* e i suoi istituti, pur senza poter deflettere da proporzionalità e

ragionevolezza che restano immanenti all'intero ordinamento e dimenticare le implicazioni del fondamento rappresentativo della democrazia. Di più: benché ordinamento particolare, il diritto della transizione è pur sempre componente dell'ordinamento generale e di quello partecipa a muovere dall'esigenza indeclinabile di gerarchia delle fonti: *in primis* i principi e le norme costituzionali, che permangono ineludibili, ma anche i caratteri generali dell'ordinamento, nel quale resta iscritto il carattere di democrazia procedurale. Nei fatti, l'esperienza degli addetti già dà conto della gravosità della ricognizione delle fonti e del loro coordinamento per risolvere adeguatamente antinomie e affrontare lacune.

Ne viene che - in un contesto amministrativo dove incautamente, nella formulazione del PNRR, non pare essere stato dato il rilievo necessario alla dimensione giuridica, anche linguistica - passa ad essere fatale compito dell'interprete, sia amministrativo che giurisdizionale, definire compiutamente il rapporto tra strumentazione ed obiettivi. Nell'attendere a ciò, è bene che egli presti attenzione alle insidie che si annidano nella mera attenzione al risultato della transizione, se vi si è guardato prescindendo dalla strumentazione procedimentale o dalla sua adeguatezza. Guardare al mero risultato è piuttosto compito del livello politico. L'onere del giurista operativo o decidente sarà invece, e in misura non indifferente, prendere sì in debita considerazione il *risultato tempestivo*, perché entra in termini capitali in questo ordinamento: ma anche rapportarlo ai termini, da vagliare, in cui nelle late sei *missioni* del PNRR, oltre che nelle *riforme "orizzontali"* (p.a. e giustizia) e "*abilitanti*" (semplificazione e concorrenza) - vi è congruenza con l'assunto emergenziale; e, con questi riferimenti, affrontare le questioni della coerenza e della sufficiente specificazione dei nuovi principi e precetti recati anzitutto dal *Green Deal* ^[xxiii].

7. Insidie e incongruenze normative

È qui il caso di porre attenzione all'insidia insita nella dilatazione, che viene avanzata all'interno di più d'una delle ricordate *missioni*, della strumentazione PNRR a temi che esulano dell'oggetto proprio dell'*emergenza* ambientale che lo giustifica, cui vengono associati temi assunti come "*ritardi che storicamente penalizzano il Paese*" e perciò solo emergenziali anch'essi. Il *Recovery Plan* è infatti strumento di *eccezione* e come tale non può essere ampliato per essere portato a base di una sorta di *New European Order*, di decostruzione in tutti questi ampi spazi del sistema della democrazia rappresentativa, della sua forma costituzionale di governo e della sua proiezione oggettiva nel sistema delle fonti del diritto. Tanto più ci si discosta con questi temi eccentrici dalle strette esigenze del *Green Deal*, tanto più le basi della ricordata coercitività che vi è immanente entrano in una tale, seria sofferenza, non potendo la democrazia essere commissariata e divenire indifferente alla sua intima dinamica. Non è plausibile ravvisare nel PNRR un'implicita abrogazione - al di fuori del confronto rappresentativo proprio del procedimento legislativo - degli ambiti normativi che quei temi regolano, pena una eccezione radicale a quei riguardi dell'ordinamento stesso.

Analogamente, è il caso di rilevare, proprio dal punto di vista dell'incoerenza delle fonti, l'effetto paradossale dell'elevazione del grado di insicurezza giuridica da incompiutezza delle norme, con il suo riflesso inevitabile di crescente giudiziarietà a supplenza, che pure è di suo assunto come un assai serio fattore di "ritardo" (e non solo di "ritardo", a quei propositi, si tratta). È facile infatti immaginare che - a dispetto degli snellimenti così dettagliatamente immaginati o presunti per la riforma "orizzontale" della giustizia - molte,

com'è conseguente quando il dato normativo è malcerto, saranno le nuove questioni che verranno portate davanti ai giudici: e che tra queste le conclamate finalità particolari costituiranno un parametro di rilievo nel figurare inediti profili di eccesso di potere e sospetti di nuove irragionevolezza.

Ne viene in sintesi che, fermo che le condizionalità pongono una coercitività di fatto del risultato tempestivo, permane compito del giurista riportare nel giusto equilibrio le clausole incongrue di questo ordinamento e ricomporre le incertezze che gli presenterà *in itinere* l'incoerenza con cui, ad oggi, si è in più parti inteso procedere nel disegnarlo.

[i] elaborazione dell'introduzione all'incontro "Diritto amministrativo e PNRR", organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia e dalla Camera Amministrativa dell'Umbria, 23 settembre 2022.

[ii] è la nota immagine di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Milano 2016, 57.

[iii] Il mutamento di paradigma (*paradigm shift*) è fenomeno concettualizzato dal filosofo della scienza statunitense Thomas Samuel Kuhn in *The Structure of Scientific Revolutions* (1962) per indicare, in filosofia della scienza e in sociologia, il nuovo complesso di regole metodologiche, modelli esplicativi, criteri di soluzione di problemi che connota una comunità scientifica in una fase particolare dell'evoluzione della loro disciplina: es. il passaggio dalla concezione copernicana a quella tolemaica, o dal creazionismo all'evoluzionismo, ecc.; ma vale anche in economia per il passaggio dal monetarismo al keynesismo e da questo al neoliberismo e così per il diritto: cfr., in relazione alle trasformazioni del mondo contemporaneo e al loro impatto sui sistemi giuridici, G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti e nuove categorie*, Bologna 2022. Nel diritto, appunto, quell'ultimo passaggio, nel diritto, agli inizi degli anni '90 ha condotto alla rivoluzione reticolare e diffusiva delle privatizzazioni e alla tendenziale decostruzione del diritto amministrativo classico: cfr. F. OST e M. V. DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles 2002; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari 2002; B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna 2020, 211 ss.; F. BOTTINI, *Le néolibéralisme et l'«utilitarisation du droit public. Avant-propos*, in *Néolibéralisme et droit public*, a cura di F. Bottini, Paris 2017, 23; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna 2020, 239 ss.; G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova 2021; F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in n Rispoli Farina M., Sciarone Alibrandi A. e Tonelli E., *Regole e mercato*, Torino 2017, XV; O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Napoli 2020.

[iv] secondo la nota rilevazione critica di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano 2008 [*Die Tyrannen der Werte*, Stuttgart 1967], 53 ss..

[v] Su *resilienza*, v. ad es. J. RIFKIN, *L'età della resilienza. Ripensare l'esistenza su una terra che si rinaturalizza*, Milano 2022, che contrappone all'*Età del Progresso*, incentrata sul principio di *efficienza*, l'*Età della Resilienza*, incentrata sull'*adattività*.

[vi] È questo uno slittamento tralatico, data dagli anni '90 con il consolidarsi della traduzione di *sustainable development* in *sviluppo sostenibile* anziché *durevole* (cioè in vista e a beneficio delle future generazioni) come appunto in francese è grazie a *développement durable*. È comunque acquisito che questa *sostenibilità* dev'essere comune ai suoi *tre pilastri*, le tre dimensioni: *ambientale, economica e sociale* e che ciò dev'essere stabile. Sicché non c'è autentica *sostenibilità* se tale non è, in una, da tutti i tre punti di vista.

[vii] La c.d. "Transition to a New World Order". Cfr. da ultimo A. COLOMBO, *Il governo mondiale dell'emergenza. Dall'apoteosi della sicurezza all'epidemia dell'insicurezza*, Milano 2022, 7 ss..

[viii] L'art. 2, lett. b), del regolamento (Ue) 2021/241 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, definisce la *resilienza* come « la capacità di affrontare gli shock economici, sociali e ambientali e/o i persistenti cambiamenti strutturali in modo equo, sostenibile e inclusivo».

[ix] Il che, del resto, era ormai già nelle prospettive attuali originate dall'innovazione tecnologica e digitale: cfr. A. BARTOLINI; voce *Urbanistica*, in *Enc. Dir.- i Tematici III 2022*, Milano 2022, in particolare il paragrafo di chiusura dedicato a "L'urbanistica della transizione", dove si collega la transizione digitale all'idea di «*smart city*» (o «*città intelligente*»).

[x] Cfr., per un'attenta ricostruzione del procedimento e di alcune criticità di contenuti, G. MONTEDORO, *Il ruolo di Governo e Parlamento nell'elaborazione e nell'attuazione del PNRR*, in www.giustizia-amministrativa.it, 13 ott. 2021. Sulle prospettive ancora incipienti del PNRR, cfr. M.A. SANDULLI, *Sanità, misure abilitanti generali sulla semplificazione e giustizia nel PNRR*, in

www.federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario, 28 luglio 2021. Sulla natura del PNRR, cfr. N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in www.ivfederalismi.it, n. 1/2022, V, che evidenzia come nella dottrina si parli di atto di "indirizzo politico 'normativo'". Questo impegnerebbe anche governi e parlamenti futuri, anche a prescindere dal responso elettorale [così A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in www.federalismi.it, 18/2021, 235 ss., spec. 260]; ovvero di "una sorta di «commissariamento», di una «vera e propria intromissione nella struttura politica, istituzionale e sociale dei Paesi che hanno richiesto l'assistenza finanziaria del Recovery, che potrebbe portare a una sorta di omologazione strutturale degli Stati membri potendo arrivare persino a cambiarne significativamente forma di Stato e di governo» [così F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in www.costituzionalismo.it, 2/2021, p. 51, spec. 77 ss.]; ovvero di "una pianificazione a valenza principalmente se non esclusivamente politica, perciò «con un grado di vincolatività diretta piuttosto limitata per i soggetti istituzionali coinvolti nella sua attuazione» [così M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid-Rassegna*, n. 12/2021, 11 ss.]; ovvero un atto sostanzialmente legiferato che impegna, quanto ai risultati indicati, «non solo l'amministrazione chiamata ad eseguire il Piano, ma anche gli altri operatori giuridici, gli interpreti tutti, inclusa la giurisdizione ovviamente», imponendo una decisa valorizzazione della discrezionalità amministrativa e della sua efficacia al fine di assicurare il conseguimento tempestivo dei risultati in questione» [così F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in www.lamagistratura.it, 13 novembre 2021]; ne viene «una compressione della funzione legislativa» perché il PNRR «s'inserisce [...] nel nostro sistema delle fonti [...] in modo dirimpante condizionandone il contenuto, i tempi ed i soggetti che avranno la possibilità di elaborare ed approvare i testi. L'unica strada percorribile, per un'attuazione celere della normativa richiesta dal PNRR, è data da atti normativi di provenienza governativa, decreti legge, leggi delega e conseguenti decreti legislativi, sui quali lo spazio per l'influenza degli altri interlocutori istituzionali, Parlamento e Regioni, è assai compresso» [così E. CATELANI, *Profili costituzionali del PNRR*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, n. 5/2022, che mette in evidenza quanto e come l'assetto del PNRR incida sulla forma di governo e sulla stessa forma di Stato; cfr. Id., *P.N.R.R. e ordinamento costituzionale: un'introduzione*, in <http://www.rivistaaic.it>, n. 3/2022]; in questo contesto, ci si è chiesti «se la disciplina di esecuzione del PNRR presenti una differente capacità sostitutiva del diritto UE rispetto ai parametri costituzionali, dato che il PNRR fa corpo con norme UE» [E. CAVASINO, *L'esperienza del PNRR: le fonti del diritto dal policentrismo alla normazione euro-governativa, ibidem*].

[xi] Sia consentito rinviare a G. SEVERINI e U. BARELLI, *Gli atti fondamentali dell'Unione europea su «transizione ecologica» e «ripresa e resilienza»: prime osservazioni*, in *Riv. giur. ambiente*, <https://rgaonline>, aprile 2021 e in www.giustizia-amministrativa.it.

[xii] cfr. A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pub.*, II, 1987, 32. Il concetto origina, sull'esperienza comunale, dal *De Regimine Civitatis* di Bartolo da Sassoferrato (tra il 1355 e il 1357).

[xiii] Il concetto di *condizionalità (cross-compliance / écoconditionnalité)* come rispetto di regole per accedere a sostegni UE, finalizzate allo sviluppo sostenibile, nasce nel contesto della Politica Agricola Comune (PAC): introdotto dal Consiglio europeo nel 1997, ripreso dall'AGENDA 2000 ed istituito dal regolamento (CE) n. 1782/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003.

[xiv] J. A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 1942; trad. it. *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano 1955.

[xv] H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, in *Ethics*, 1955, 66, 1, 2, trad. it. *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Bologna 1966, 186.

[xvi] N. BOBBIO, *Democrazia*, in *Dizionario di politica* a cura di N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino, Torino 1990, 287-297.

[xvii] R. DAHL, *On Democracy*, Yale 1998, trad. it. *Sulla democrazia*, Bari 2002.

[xviii] lo evidenzia M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Bologna 2013, 237. Sulle origini, v. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Napoli 1981, 21 ss..

[xix] Il che è di immediato e serio riflesso sulle garanzie costituzionali inerenti le libertà e i diritti fondamentali, oltre che riguardo agli equilibri istituzionali, al riparto delle competenze ed alla separazione dei poteri: G. CERRINA FERONI, *PNRR, digitale: gli impatti su diritti e ordinamento costituzionale*, in <https://www.agendadigitale.eu>.

[xx] cfr. F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, cit., spec. te § 7.

[xxi] L'art. 1, comma 1, dice che il decreto-legge «*definisce il quadro normativo nazionale finalizzato a semplificare e agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*».

[xxii] Per un quadro più ampio sulle fonti normative primarie di attuazione del PNRR, v. il dossier del Servizio studi del Senato della Repubblica, n. 4 della XIX legislatura e, sull'attuazione del PNRR, v. il dossier del Servizio studi della Camera dei Deputati (reperibili, rispettivamente, in <https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/19/DOSSIER/0/1361099/index.html> e <https://temi.camera.it/leg18/temi/piano-nazionale-di-ripresa-e-resilienza.html>).

[xxiii] Riguardo a uno di questi temi non congruamente specificato, benché di urgente importanza perché la previa dimostrazione del suo rispetto (non è chiaro su quali parametri tecnici e su quali evidenze) condiziona l'accesso ai finanziamenti previsti dal PNRR, cfr. U. BARELLI, *Il PNRR ed il principio "Do No Significant Harm" (DNSH)*, in corso di pubblicazione.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2142 – 20 gennaio 2022

Limiti all'accesso agli atti di gara e al potere acquisitivo del giudice in presenza di segreti tecnici o commerciali e tutela brevettuale (nota a Cons. Stato, Sez. III, 26 10 2021 n.7173)

di Martina Sforna

Sommario: 1. Premessa – 2. La vicenda – 3. Il potere acquisitivo del giudice in presenza di qualificate ragioni di riservatezza aziendale – 4. I requisiti di specificità e adeguatezza della motivazione relativa alla sussistenza della segretezza tecnica e commerciale – 5. Considerazioni conclusive sul contenuto della tutela brevettuale.

1. Premessa

Nell'ordinanza che si annota vengono in rilievo differenti profili connessi alla tematica del diritto di accesso agli atti di gara in presenza di segreti tecnici o commerciali e di brevetto, in merito ai quali, però, la Terza Sezione del Consiglio di Stato lascia dei dubbi interpretativi da sciogliere.

In particolare, la medesima, pronunciandosi in merito ai limiti del potere del giudice di procedere all'acquisizione integrale dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria al fine di garantire la completezza istruttoria del giudizio di merito, evita di affrontare direttamente la questione del rapporto di bilanciamento tra interesse del richiedente l'accesso ed esigenza di riservatezza del concorrente, enunciando, comunque, dei principi anche ad essa estensibili. Invero, il Collegio individua le caratteristiche che deve presentare la motivazione corredata all'opposizione all'accesso, evidenziando come non debba essere meramente apparente e sottolineando, altresì, come il momento e la sede in cui la concorrente si oppone

all'ostensione degli atti, rappresentino un criterio di valutazione della fondatezza dell'opposizione stessa.

Ciò posto, a margine dell'ordinanza, si imporranno delle riflessioni in materia di segreti commerciali, con particolare riferimento al rafforzamento della loro tutela, sia a livello normativo che giurisprudenziale. Da ultimo, si ritiene opportuno interrogarsi sul reale contenuto della tutela brevettuale, al fine di comprendere se essa possa essere realmente considerata un limite alla divulgazione delle informazioni tutelate.

2. La vicenda

L'ordinanza n. 7173 del 2021 è stata pronunciata con riferimento ad un giudizio incidentale avente ad oggetto un'istanza ostensiva, formulata dalla parte appellante del ricorso principale e finalizzata ad ottenere l'esibizione dell'offerta tecnica della società aggiudicataria di una procedura di appalto espletata ai sensi dell'art. 54, co. 4, lett. c) D.lgs. n. 50/2016, essendosi la ricorrente classificata in seconda posizione. Invero, il giudizio di appello a cui inerisce il giudizio incidentale di cui si tratta, era stato promosso dalla medesima ricorrente, al fine di ottenere l'annullamento della deliberazione adottata dall'Amministrazione, con la quale si disponeva l'aggiudicazione della procedura di Appalto Specifico, concernente il servizio di lavanolo, alla società controinteressata.

L'istanza ostensiva era già stata formulata in occasione del primo grado di giudizio, ma era stata in quella sede respinta dal giudice a causa della mancata proposizione di rituali censure (motivi aggiunti, anziché semplice memoria) in relazione alla dedotta difformità dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria rispetto alle prescrizioni di gara.

Sul punto, però, la ricorrente aveva evidenziato, in sede di appello, come l'omessa formulazione di motivi aggiunti fosse dovuta proprio alla incompletezza istruttoria derivata dalla mancata acquisizione dell'offerta tecnica della controinteressata nonostante le formulate istanze istruttorie. La ricorrente, in particolare, aveva sottolineato come, non avendo l'Amministrazione provveduto al deposito dell'offerta ai sensi dell'art. 46, co. 2, c.p.a., la stessa avrebbe dovuto essere acquisita dal TAR *ex* art. 65, co. 3, c.p.a.

Ciò posto, la Terza Sezione, richiamando un orientamento della Corte di Giustizia^[1], aveva accolto l'istanza istruttoria, rilevando come l'offerta tecnica dell'aggiudicataria costituisca documento essenziale, rappresentante il presupposto del provvedimento di aggiudicazione impugnato, e come, dunque, la stessa dovesse essere depositata agli atti di causa, affidando alla Segreteria il compito di oscurare le parti che, secondo comprovate ragioni della aggiudicataria, costituissero segreto tecnico o commerciale. In seguito al deposito dell'offerta con dichiarazione di integrale segretezza da parte della controinteressata, e alla conseguente opposizione della ricorrente, la Terza Sezione, accogliendo l'opposizione, ha assegnato all'aggiudicataria trenta giorni per provvedere al deposito dell'offerta tecnica con puntuale e motivata individuazione delle parti da oscurare. La controinteressata ha, quindi, provveduto al deposito della documentazione richiesta, indicando le parti contenenti, ad avviso della medesima, delle informazioni non divulgabili in quanto inerenti a segreti tecnici e commerciali, le quali sono state, di conseguenza, oscurate.

In seguito a ciò, la ricorrente ha presentato dei motivi aggiunti con i quali ha contestato le argomentazioni apposte a giustificazione della parziale secretazione dell'offerta, evidenziando, oltre al fatto che la brevettazione relativa alle invenzioni industriali *“finisce con renderle di pubblico dominio”*, che la presenza di segreti tecnici e industriali sia stata invocata in modo del tutto generico dall'aggiudicataria. Inoltre, la stessa ha sottolineato come l'obbligo di produzione delle schede tecniche dell'offerta si imponesse ai sensi dell'art. 51, co. 2, codice della proprietà industriale (d'ora in poi c.p.i.), atteso che *“l'invenzione deve essere descritta in modo sufficientemente chiaro e completo perché ogni persona esperta del ramo possa attuarla [...]”*. Ha, infine, sostenuto come, ai sensi dell'art. 76, co. 1, lett. b) c.p.i., il brevetto sia nullo nel caso di mancata descrizione in modo sufficientemente chiaro e completo dell'invenzione, chiedendo alla Sezione di procedere alla relativa verifica.

3. Il potere acquisitivo del giudice in presenza di ragioni di riservatezza aziendale “qualificata”

Muovendo dall'esame delle censure proposte, nonché dal tenore delle precedenti ordinanze, il Collegio si premura inizialmente di delineare l'oggetto del giudizio, evidenziando come lo stesso non comprenda la questione del rapporto di bilanciamento tra esigenza di riservatezza del concorrente ed interesse del richiedente l'accesso, *“in quanto il potere del giudice [...], esercitabile anche officiosamente ex art 65, co. 3, c.p.a., è principalmente orientato a garantire la completezza istruttoria del giudizio di merito [...] e non a soddisfare l'interesse ostensivo di una delle parti del giudizio, in funzione della difesa in giudizio degli interessi di cui essa è oggettivamente portatrice”*. Ciò che acquista, dunque, rilevanza nell'opinione del Collegio è la funzionalità degli atti richiesti alla completezza del giudizio, piuttosto che l'interesse del ricorrente all'accesso, con specifico riguardo alla sua eventuale inflessione difensiva *ex art. 53, co. 6, D. lgs. n. 50/2016*.

Sul punto, peraltro, si ritiene che per quanto strutturalmente distinti, in tal caso, il potere istruttorio del giudice e l'interesse all'accesso del ricorrente siano in realtà orientati verso il medesimo scopo. Infatti, obiettivo dell'appellante era proprio quello di avere accesso alla documentazione richiesta al fine di formulare delle censure, le quali avrebbero consentito al giudice di pronunciarsi sul punto. Del resto, lo stesso ricorrente aveva lamentato di non aver potuto presentare dei motivi aggiunti proprio a causa della mancata ostensione della documentazione richiesta.

Nell'ottica dell'ordinanza, dunque, la tutela delle ragioni di riservatezza aziendale viene in rilievo, non tanto quale ostacolo al diritto di accesso del concorrente con il quale, secondo il Collegio, avrebbe dovuto essere temperato già in prima battuta dall'Amministrazione, ma *“quale limite oggettivo alla divulgazione della documentazione meritevole di segretezza”*.

Infatti, la peculiare disciplina dettata dall'art. 53, co. 5, lett. a) D.lgs. n. 50/2016^[2] in materia di accesso agli atti di gara e riservatezza, deve ritenersi applicabile altresì in relazione alla documentazione da acquisire in giudizio, in quanto si riferisce espressamente non solo al diritto di accesso, ma anche a ogni altra *“forma di divulgazione”*.

Di conseguenza, anche in tale occasione, il Consiglio di Stato si pronuncia sul tema del delicato rapporto tra divulgazione del contenuto delle offerte tecniche presentate in occasione delle procedure di gara e diritto alla segretezza aziendale^[3]. Invero, pur

sembrando la questione risolta dal legislatore, proprio con la citata disciplina di cui all'art. 53 D.lgs. n. 50/2016, è al giudice che si rimette, in concreto, il compito di conciliare i due interessi contrapposti.

4. I requisiti di specificità e adeguatezza della motivazione relativa alla sussistenza della segretezza tecnica e commerciale

Nel giudizio di cui si tratta, la Terza Sezione, nel cercare di conciliare le due esigenze contrapposte, di divulgazione e segretezza, si esprime sulla conformità della dichiarazione relativa alla sussistenza di segreti tecnici e commerciali resa dall'aggiudicataria ai requisiti di specificità e adeguatezza della motivazione richiesti nell'ambito delle precedenti ordinanze.

Sul punto essa si pone pienamente in linea con la giurisprudenza in materia, la quale, volendo contemperare il crescente rafforzamento della tutela della segretezza industriale^[4] con la trasparenza garantita dall'esercizio del diritto di accesso, è sempre più attenta alla serietà della motivazione addotta sia a sostegno del segreto che a sostegno dell'accesso.

In questo senso, le corti di merito hanno precisato, da un lato, come del diritto di accesso non si possa fare un uso emulativo^[5] e, dall'altro, come la dichiarazione con cui la concorrente intende opporsi alla ostensione dei documenti di gara, non può consistere in una "formula generica e stereotipata"^[6]. Al contrario, infatti, la motivazione relativa alla sussistenza del segreto industriale e commerciale assume un ruolo centrale, considerato che la valutazione dell'effettiva inerenza delle informazioni in rilievo al complesso del *know-how* aziendale non può essere valutata *ex officio* dal giudice^[7], richiedendosi, invece una "motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente"^[8]. Nondimeno, la giurisprudenza ha avuto occasione di evidenziare come il diniego all'accesso non può fondarsi nemmeno su valutazioni proprie della stazione appaltante^[9].

Quanto al sindacato del giudice sulla motivazione addotta dall'offerente, nella presente ordinanza il Collegio sottolinea come il giudice possa alimentarsi di tutti gli "elementi utili al suo giudizio", sia estrinseci che intrinseci alle informazioni di cui si discute. In particolare, tra gli elementi estrinseci da valutare, l'ordinanza contempla il momento e la sede in cui l'offerente si oppone all'ostensione della documentazione, in quanto contenente segreti tecnici e commerciali. Ciò significa che l'opposizione della concorrente all'accesso, che venga manifestata già nel contesto dell'offerta, pur non rappresentando una pre-condizione della fondatezza dell'opposizione, risulterà più meritevole rispetto a quella formulata successivamente. Sul punto, dunque, la Terza Sezione si pone in contrasto con quella giurisprudenza^[10] che, invece, riconosce l'esclusione dell'accesso solo in caso di dichiarazione preventiva del concorrente circa la presenza di segreti tecnici e commerciali.

Quanto, invece, agli elementi intrinseci da valutare ai fini del riconoscimento della sussistenza del segreto, pur condividendo con la Sezione la necessità di porre un "margine di affidamento" nelle dichiarazioni dell'offerente, ci si chiede, in maniera critica, se il giudice sia effettivamente dotato degli strumenti tecnici necessari per stabilire quali informazioni debbano essere sottoposte a segretezza e quali no. Ecco, dunque, che ci si dovrebbe forse interrogare sull'opportunità dell'intervento di un consulente tecnico, anche se ciò probabilmente mal si concilierebbe con le tempistiche del rito appalti.

In merito ai limiti del potere acquisitivo del giudice, la Terza Sezione osserva, infine, come questi debba ritenersi “*affrancato dagli stringenti vincoli immanenti al principio dispositivo, con la conseguente possibilità di attingere ad argomenti ed elementi non dedotti dalle parti*”.

Ciò posto sul piano teorico, il Collegio, con riferimento alla secretazione di alcune parti dell’offerta in virtù della sussistenza di segreti industriali e/o commerciali, applicando le coordinate interpretative delineate, conclude nel senso che non sussistono motivi ragionevoli per sostenere che le informazioni *de quibus* non ineriscano al *know-how* industriale dell’aggiudicataria, osservando, infatti, sia come l’opposizione del segreto fosse avvenuta già in sede di offerta, sia come il contenuto della dichiarazione di secretazione non possa essere tacciato di eccessiva genericità. Ciò nonostante, la Terza Sezione accoglie la richiesta ostensiva della concorrente, in quanto la società aggiudicataria aveva già adottato delle misure atte a salvaguardare i contenuti intrinseci degli invocati segreti, poiché nell’ambito dell’offerta la stessa aveva specificato che, essendo le fasi di lavorazione coperte da brevetto industriale, le medesime non sarebbero state illustrate nel dettaglio.

Con riferimento poi, ad un ulteriore allegato all’offerta, di cui l’appellante richiedeva l’ostensione, il Collegio decide nuovamente in senso ad essa favorevole, motivando nel senso che, contenendo, questo, informazioni su processi di produzione operati da soggetto imprenditoriale diverso dall’aggiudicataria, lo stesso non può ritenersi esclusiva di quest’ultima. Tuttavia, sul punto, si ritiene di osservare come, non essendo noti i rapporti tra la società aggiudicataria e il soggetto imprenditoriale terzo, una decisione in tal senso, potrebbe obiettivamente pregiudicare le informazioni riservate di quest’ultimo.

5. Considerazioni conclusive sul contenuto della tutela brevettuale

Oltre alle informazioni riferibili al *know-how* aziendale di cui il Collegio dispone, come visto, l’ostensione, l’appellante aveva formulato altresì richieste di acquisizione dei dati e della documentazione relativa al brevetto invocato dalla aggiudicataria. In relazione a tale elemento, però, la Terza Sezione ritiene di non poter accogliere le richieste in quanto, da un lato, lo stesso non rientra tra gli atti e documenti in base ai quali l’atto è stato emanato (atti a cui si riferivano le precedenti ordinanze del giudizio), e, dall’altro, risulta estraneo all’ambito di applicazione istruttorio dal quale è scaturito il provvedimento di aggiudicazione impugnato.

Ciò nonostante, pur non riguardando la pronuncia direttamente il tema del brevetto, si impongono delle riflessioni sul reale contenuto dello stesso. Invero, in più passaggi dell’ordinanza, sia con riferimento al contenuto dei motivi aggiunti presentati dall’appellante, che con riferimento alla dichiarazione di secretazione dell’aggiudicataria, si individuano dei richiami alla riservatezza connessa alla tutela brevettuale. In particolare, la ricorrente ha evidenziato come le ragioni del segreto siano state fondate dalla parte opponente proprio sulla copertura brevettuale delle informazioni richieste, motivo che sembra essere condiviso anche dal Collegio nel punto in cui afferma che “*il contenuto della dichiarazione di secretazione [non può] essere tacciato di eccessiva genericità [...] anche perché la dichiarazione di cui si tratta è specificata [...] in relazione alla copertura brevettuale delle informazioni secretate*”.

Ecco, dunque, che si impongono delle considerazioni sull'effettivo contenuto della tutela brevettuale. Nello specifico, ci si chiede se dal riconoscimento del diritto di brevetto derivi automaticamente l'esclusione della conoscibilità dell'opera dell'ingegno, come sembra essere presunto in alcuni passaggi della pronuncia, o se, diversamente, esso si limiti a garantire il solo diritto di sfruttamento economico. Sul punto, come evidenziato in premessa, il Consiglio di Stato non si esprime espressamente, lasciando dei dubbi interpretativi da sciogliere.

La questione non è di immediata risoluzione. Invero, se, per un verso, la sussistenza di un brevetto potrebbe suggerire la necessità del concorrente di mantenere delle informazioni riservate, per altro verso si è affermato in dottrina come la *“presenza di un brevetto si giustifica proprio alla luce di una logica di rivelazione e trasparenza dell'invenzione, in quanto la sua immissione nel mercato può essere in grado di svelarne il contenuto”*^[11]. La stessa nozione di diritto di brevetto^[12] non opera, peraltro, alcun riferimento espresso alla facoltà di escludere la conoscibilità dell'opera protetta. Inoltre, secondo la dottrina oggi prevalente, alla base del riconoscimento del diritto di brevetto vi sarebbe proprio una sorta di *“contratto sociale”* tra colui che ha inventato l'opera e il resto della collettività, in virtù del quale, il primo conseguirebbe il diritto all'esclusivo sfruttamento economico dell'invenzione e, la seconda, la possibilità di apprenderne l'insegnamento e utilizzarlo per futuri sviluppi^[13]. In quest'ottica, peraltro, si è sostenuto che *“il brevetto favorisca molto di più l'interesse pubblico al progresso tecnologico di quanto non faccia il regime di segreto perché comporta la messa a disposizione dei dati tecnologici che caratterizzano l'invenzione brevettata fin dall'inizio”*^[14], con ciò escludendosi la segretezza di quanto brevettato.

Non può poi non considerarsi come nell'ambito delle procedure di gara, oltre agli interessi del titolare del diritto di brevetto, venga in rilievo il fondamentale principio di trasparenza dell'attività amministrativa^[15], il quale è volto proprio a promuovere la partecipazione dei cittadini alla stessa.

Ciò considerato, si ritiene, dunque, di dover ragionevolmente concludere nel senso che la sussistenza di un brevetto non può essere considerata di per sé idonea ad escludere automaticamente la conoscibilità dell'opera, essendo ciò addirittura contrario alla *ratio* stessa della brevettazione. Di conseguenza, al fine di mantenere delle informazioni segretate, a prescindere dalla sussistenza del brevetto, si ritiene necessaria una dichiarazione motivata del tutto analoga a quella richiesta, come nel caso dell'ordinanza in oggetto, in relazione ai segreti industriali e commerciali. Solo in tal modo, infatti, sarà possibile procedere ad un bilanciamento con le esigenze di accesso del caso concreto.

^[11] Corte di Giustizia, 14.02.2008 in causa C-450/06, nella quale si afferma che *“l'organismo competente a conoscere dei ricorsi deve necessariamente poter disporre di tutte le informazioni necessarie per essere in grado di decidere con piena cognizione di causa, ivi comprese le informazioni riservate e i segreti commerciali”*.

^[12] L'articolo riproduce, in sostanza, il contenuto dell'art. 13, D.lgs. n. 123/2006. La lett. a) del quinto comma, in particolare, stabilisce che sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione *“alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”*.

^[13] Sul punto si veda V. Mirra, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale: una conciliazione impossibile?*, in *Urb. e appalti*, 2020, 171 ss.

^[14] La maggiore attenzione riservata alla tutela della segretezza industriale e commerciale è confermata dall'emanazione della direttiva (UE) 2016/943 sulla protezione del *know-how* riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti, la quale, nell'ambito del secondo considerando,

sottolinea come “*i segreti commerciali consentono al creatore e all’innovatore di trarre profitto dalle proprie creazioni o innovazioni e quindi sono particolarmente importanti per la competitività delle imprese nonché per la ricerca, lo sviluppo e la capacità innovativa*”. Sulla base di tale direttiva, peraltro, il Legislatore nazionale, con il D.lgs. n. 63/2018, ha provveduto a modificare l’art. 98 c.p.i. con l’intento di riservare tutela espressa ai segreti commerciali.

[5] In particolare, Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64 afferma che “*la ratio legis è di far sì che, proprio con riguardo ad una gara pubblica, che non deroga ma assicura la corretta competizione tra imprese, del diritto di accesso – per quanto garantito dal principio di pubblicità e trasparenza della condotta delle pubbliche amministrazioni o dei soggetti funzionalmente equiparati (cfr. art. 1 l. 241/1990) – non si possa fare un uso emulativo, ad esempio da parte di contendenti che potrebbero formalizzare l’istanza allo scopo precipuo di giovare di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite o detenute da altri*”.

[6] In questo senso T.A.R. Lazio, Roma, I, 19 maggio 2018, n. 5583.

[7] D. Dell’oro, *L’accesso ai documenti di gara: il know how aziendale il principio regolativo del conflitto di trasparenza e riservatezza*, in *ItaliAppalti*, 2017.

[8] Così, Cons. Stato, Sez. III, 11 ottobre 2017, n. 4724. In particolare, in tale pronuncia il Consiglio di Stato asserisce che “*il limite alla ostensibilità è subordinato all’allegazione di ‘motivata e comprovata dichiarazione’, mediante la quale si dimostri l’effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia*” (in senso conforme Cons. Stato, Sez. III, 15.07.2014, n. 3688).

[9] Si veda al riguardo Cons. Stato, Sez. IV, 7 aprile 2016, n. 3431.

[10] Cons. Stato, Sez. IV, 7 aprile 2016, n. 3431 sottolinea come “*la tutela del segreto tecnico o commerciale non può essere a sua volta opposta, per la prima volta, in sede di opposizione all’istanza di accesso, dovendo essere tale indicazione oggetto di esplicita dichiarazione resa in sede di offerta*”.

[11] V. Mirra, *Op. cit.*, p. 176.

[12] L’art. 66, co. 1, c.p.i. stabilisce che “*I diritti di brevetto per invenzione industriale consistono nella facoltà esclusiva di attuare l’invenzione e di trarne profitto nel territorio dello Stato, entro i limiti ed alle condizioni previste dal presente codice*”. Per maggiori approfondimenti sul diritto di brevetto si veda P. Auteri e altri, *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, VI ed., 2020.

[13] G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2015.

[14] P. Auteri e altri, *Op. cit.*, p. 222.

[15] L’art. 1, co. 1., D.lgs. 33/2013 stabilisce che “*La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e dei 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*”. La trasparenza è, inoltre, contemplata tra i principi generali dell’attività amministrativa dall’art. 1, co. 1, l. 241/1990. In tema di trasparenza si vedano, tra gli altri, R. Villata, *La trasparenza dell’azione amministrativa*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, Milano, 1989*; F. Merloni, G. Arena, *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2398 – 7 luglio 2022

Tutela cautelare monocratica: il Consiglio di Stato torna ad affermare l'inappellabilità del decreto cautelare reso *ex art. 56 c.p.a.* (Nota a Cons. Stato, Sez. IV, n. 1962 del 2022)

di Martina Sforna

Sommario: 1. Premessa: la questione dell'appellabilità del decreto cautelare monocratico. – 2. La vicenda e la decisione del Consiglio di Stato. – 3. L'analisi del dato normativo. – 4. L'orientamento favorevole all'appellabilità del decreto cautelare monocratico. – 5. L'orientamento opposto sposato dal Presidente della IV Sezione. – 6. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale e il ruolo del giudice. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: l'appellabilità del decreto cautelare monocratico.

Il decreto del Consiglio di Stato in commento si inserisce nell'ambito del dinamico dibattito in corso in seno alla giurisprudenza amministrativa sul tema dell'appellabilità del decreto cautelare monocratico pronunciato ai sensi dell'art. 56 c.p.a. Invero, sebbene il secondo comma di tale articolo preveda che, in caso di richiesta cautelare connotata da estrema gravità e urgenza – tali da non consentire la dilazione sino alla camera di consiglio – il Presidente del T.A.R. (o un magistrato da lui delegato) possa provvedere con decreto motivato non impugnabile, sono molteplici le pronunce della giurisprudenza amministrativa che hanno, invece, riconosciuto uno spazio all'appellabilità di tali decreti. In particolare, decisioni in questo senso si sono accresciute durante il periodo pandemico appena trascorso, nell'ambito del quale i decreti cautelari presidenziali hanno ricoperto un ruolo di primo piano nella tutela degli interessi legittimi affermati dai vari ricorrenti^[1].

Diversamente, con il decreto che si sta annotando, la Sezione Quarta del Consiglio di Stato, si pone in linea con quella giurisprudenza che, volendo superare i precedenti orientamenti di altre Sezioni, asserisce la non impugnabilità dei decreti cautelari monocratici resi ai sensi dell'art. 56 c.p.a.^[2]. Specificamente, in questa occasione, la Quarta Sezione fonda la dichiarazione di inammissibilità del decreto cautelare monocratico sulla base di una interpretazione strettamente letterale della norma codicistica richiamata, nonché sul principio della piena soggezione del giudice alla legge di cui all'art. 101 della Costituzione.

Nonostante la linearità del ragionamento sviluppato dal giudice, si ritiene di dover svolgere, però, delle considerazioni a margine della decisione, soprattutto in relazione all'assenza di un qualsivoglia riferimento al generale principio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Ciò premesso, al fine di comprendere al meglio le questioni sollevate dalla pronuncia in commento, si impone, anzitutto, l'esigenza di ripercorrere brevemente le vicende che hanno condotto alla sua emanazione.

2. La vicenda e la decisione del Consiglio di Stato.

La vicenda origina dal ricorso presentato da un'amministrazione comunale per l'annullamento dell'ordinanza con cui il Presidente della Provincia di riferimento aveva autorizzato lo stoccaggio temporaneo e speciale di alcuni rifiuti rimpatriati dall'estero presso il territorio del Comune ricorrente. In particolare, con il medesimo atto di ricorso, il ricorrente aveva, altresì, richiesto, la concessione di misure cautelari urgenti *ex art. 56 c.p.a.*, al fine di ottenere quantomeno la sospensione dell'efficacia dell'ordinanza e, dunque, di evitare lo stoccaggio dei 213 container di rifiuti nel sito locato entro il territorio comunale.

Il Presidente del T.A.R. competente, però, ritenendo insussistenti i presupposti per l'accoglimento dell'istanza cautelare e, nello specifico, considerando del tutto generiche le ragioni di tutela della salute pubblica, dell'ambiente e dell'ordine pubblico prospettate dal ricorrente, nonché la prevalenza dell'interesse ad una rapida ed efficace definizione della vicenda mediante il trasferimento dei rifiuti, procedeva al respingimento della medesima istanza, nonché alla fissazione, per il mese successivo, della Camera di Consiglio per la trattazione in sede collegiale^[3].

Di conseguenza, il ricorrente procedeva all'impugnazione del decreto così pronunciato dinanzi al Consiglio di Stato, il quale, però, come preannunciato, ne dichiara l'inammissibilità.

Nel dettaglio, il Presidente della Quarta Sezione, dopo aver rilevato trattarsi dell'impugnazione di un decreto reso ai sensi dell'art. 56 c.p.a. e, dunque, *espressamente qualificato, dal relativo comma 2, come non impugnabile*, al fine di motivare la pronuncia di inammissibilità, procede a richiamare (pressoché integralmente^[4]) il decreto del Presidente della Quinta Sezione del 18 febbraio 2022, n. 798.

Invero, quest'ultimo aveva ribadito l'espressa affermazione di non impugnabilità del decreto di cui all'art. 56 c.p.a. da parte della disposizione codicistica, nonché la previsione, da parte del comma 4, dell'efficacia del decreto fino alla trattazione in sede collegiale, periodo in cui,

peraltro, è sempre passibile di revoca o modifica su istanza delle parti. Il decreto richiamato, inoltre, sottolineava come anche per i decreti cautelari *ante causam*, concessi ai sensi dell'art. 61 c.p.a., sia prevista la non impugnabilità accompagnata dalla possibilità di riproporre l'istanza. Infine, esso invocava quanto stabilito dall'art. 62 c.p.a., a chiusura del sistema, circa la previsione dell'appellabilità delle ordinanze cautelari (e, pertanto, non dei decreti), da leggere alla luce del *principio di stretta tipicità legale del sistema delle impugnazioni*.

Il Presidente della Quarta Sezione procede, inoltre, ad invocare il principio di soggezione del giudice alla legge enunciato dall'art. 101 Cost. In particolare, in ragione di tale principio, egli afferma come in presenza di una preclara formulazione testuale della normativa applicabile, l'unico strumento idoneo a prospettare una differente esegesi è rappresentato dalle sentenze manipolative di accoglimento della Corte costituzionale, potendo solo questa modificare il diritto oggettivo nazionale.

In aggiunta a ciò, ai fini di completezza della parte motiva, viene sottolineato come non si rivengano nemmeno profili di abnormità dell'appellato decreto che possano implicare una non sussunzione dello stesso nelle maglie della fattispecie legale di cui all'art. 56 c.p.a.

Infine, il giudice procede alla fissazione della camera di consiglio in sede di appello (in data successiva alla camera di consiglio fissata in prime cure), ritenendo, comunque, necessaria la garanzia di esercizio dei poziori poteri cognitori di pertinenza del Collegio.

3. L'analisi del dato normativo

Onde comprendere al meglio la portata del dibattito giurisprudenziale sorto intorno al tema dell'appellabilità dei decreti cautelari monocratici, si ritiene di muovere dall'analisi della disciplina legislativa sul punto. Essa è oggi contenuta all'interno dell'articolo 56 del codice del processo amministrativo, il quale regola l'eventualità in cui la richiesta cautelare, per l'estrema gravità e urgenza della situazione, non possa attendere la fissazione della camera di consiglio. In tali casi la norma prevede, dunque, la possibilità di derogare al principio di collegialità delle decisioni nel processo amministrativo, richiedendo al Presidente del Tribunale Amministrativo Regionale competente l'adozione di misure cautelari provvisorie prima della trattazione della domanda cautelare da parte del Collegio.

In realtà, tale possibilità non ha rappresentato una novità del Codice del Processo Amministrativo, essendo stata, infatti, prevista una forma di tutela cautelare monocratica già nell'ambito dell'art. 21 co. 9 L. Tar, introdotto dalla L. 21 luglio 2000, n. 205[5]. A differenza della disciplina previgente, la quale contemplava la possibilità che il Presidente del Tar provvedesse anche in assenza di contraddittorio, però, il codice del processo amministrativo ha imposto l'attuazione del contraddittorio, sebbene in una forma limitata[6]. Invero, gli unici adempimenti richiesti al ricorrente sono rappresentati dalla notifica (anche via fax) del ricorso all'amministrazione resistente e ad almeno uno dei controinteressati, il cui perfezionamento deve essere verificato dal Presidente o da un magistrato da lui delegato. Peraltro, qualora per cause non imputabili al ricorrente non sia possibile accertare il perfezionamento delle notificazioni, il Presidente può comunque provvedere, fatto salvo il potere di revoca. Inoltre, i soggetti a cui sia stata notificata la richiesta cautelare possono richiedere di essere sentiti dal Presidente anteriormente al decreto, fuori udienza e senza formalità[7].

In ogni caso, una volta emanato il decreto cautelare ricorrendone i presupposti[8], il procedimento cautelare si incanala in quello ordinario affinché possa trovare il suo esito definitivo nell'ordinanza collegiale. In tal senso, si spiega anche la disposizione codicistica che prevede che il decreto mantenga la sua efficacia fino alla camera di consiglio di cui all'art. 55 co. 5 c.p.a.

Quanto ai rimedi esperibili avverso il decreto presidenziale, il Codice prevede espressamente la possibilità per le parti notificate di richiederne la revoca o la modifica fintanto che esso conserva la sua efficacia. Stando alla lettera dell'art. 56, co. 4, invece, il decreto presidenziale non è impugnabile con l'appello al Consiglio di Stato. Sul punto, però, la giurisprudenza amministrativa ha sviluppato orientamenti differenti.

4. L'orientamento favorevole all'appellabilità del decreto cautelare monocratico.

Nonostante l'espressa previsione legislativa dell'inappellabilità del decreto cautelare monocratico, si sono registrate varie pronunce del Consiglio di Stato che, andando oltre il dato normativo, ne hanno ritenuto ammissibile l'impugnazione. Ciò, peraltro, a dimostrazione della centralità assunta dalla tutela cautelare nel processo amministrativo[9].

In particolare, come già evidenziato in premessa, pronunce in tal senso si sono susseguite durante il periodo pandemico in cui i procedimenti cautelari, per espressa previsione legislativa, sono stati decisi con il rito di cui all'art. 56 c.p.a. per espressa previsione dell'art. 84 del D.L. 18/2020. Al proposito è stato, peraltro, osservato come *“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”*[10].

Anche prima dell'insorgere della pandemia, però, si erano registrate delle pronunce di tale tenore. Specificamente, con il decreto monocratico 5971 del 2018[11], la quinta Sezione del Consiglio di Stato, facendo leva sul *principio della indefettibilità della tutela cautelare nel corso di qualsiasi fase e grado del processo* desumibile dall'art. 24 della Costituzione e dagli artt. 6 e 13 della CEDU, aveva accolto l'appello presentato avverso un decreto monocratico del Tar Emilia Romagna che non aveva concesso la misura cautelare richiesta dal ricorrente. In particolare, la Sezione aveva affermato che *“l'appellabilità del decreto monocratico del Presidente del T.A.R. va considerata ammissibile esclusivamente quando vi siano eccezionali ragioni d'urgenza, tali da rendere irreversibile - per il caso di mancata emanazione di una misura monocratica in sede d'appello - la situazione di fatto, a causa del tempo che intercorre tra la data di emanazione del decreto appellato e la data nella quale è fissata la camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare, da parte del T.A.R. in sede collegiale”*.

Il Consiglio di Stato aveva, dunque, operato una interpretazione costituzionalmente orientata della norma di cui all'art. 56 c.p.a., volta a consentire non un appello indiscriminato dei decreti monocratici presidenziali, ma una possibilità di impugnazione, secondo ragionevolezza, nei casi in cui esso rappresenti l'unico strumento di tutela effettiva del ricorrente. Ciò al fine di garantire il principio di indefettibilità della tutela cautelare.

Sulla stessa scia di questa decisione, decreti più recenti del Consiglio di Stato hanno considerato ammissibile l'appello nei confronti di quei provvedimenti che, in casi eccezionali, siano qualificabili come *“decreti meramente apparenti”*, avendo soltanto la veste formale di decreti

ma un contenuto sostanzialmente decisorio^[12]. Nell'opinione del Consiglio di Stato, in particolare, ciò accade quando la decisione monocratica di primo grado possa potenzialmente definire in maniera irreversibile la questione oggetto del giudizio.

Ancora, all'inizio del periodo pandemico, il Presidente della III Sezione, pronunciandosi sull'appello proposto avverso un decreto presidenziale che rigettava l'istanza di sospensione cautelare dell'ordine di quarantena obbligatoria, ha asserito come *“il decreto monocratico presidenziale del T.A.R., adottato ai sensi dell'art. 56 c.p.a., è appellabile nei soli casi in cui l'effetto del decreto presidenziale produrrebbe la definitiva e irreversibile perdita del preteso bene della vita, e dovendo tale bene della vita corrispondere ad un diritto costituzionalmente tutelato dell'interessato”*^[13].

Allo stesso modo, in una precedente occasione, il Consiglio di Stato, pur dichiarando nel caso di specie inammissibile l'appello, essendo stato escluso ogni pericolo di perdita definitiva del bene della vita direttamente tutelato dalla Costituzione, aveva implicitamente sposato la tesi per cui quando ciò accada l'appello deve essere esaminato^[14].

Deve osservarsi, inoltre, come tali pronunce si pongano in linea con quella risalente giurisprudenza del Consiglio di Stato che, nel corso degli anni Settanta del secolo scorso, affermò l'ammissibilità dell'appello avverso le ordinanze dei T.A.R. aventi ad oggetto la sospensione dei provvedimenti impugnati, nonostante il silenzio della l. 1034/1971 sul punto^[15]. In particolare, l'Adunanza Plenaria n. 1 del 1978 asserì come l'impugnabilità di tali ordinanze dovesse essere desunta, non tanto dalla loro veste formale, quanto invece in base alla loro natura decisoria, ovvero alla loro capacità di produrre effetti assimilabili a quelli della sentenza. E, poiché, l'ordinanza cautelare *“risolve, in contraddittorio tra le parti, una specifica controversia (eseguibilità o meno dell'atto prima dell'esaurimento del relativo giudizio di impugnazione), cioè un conflitto di pretese”*^[16], la stessa va ritenuta impugnabile.

Si ritiene doveroso menzionare, altresì, la sentenza con cui la Corte costituzionale, sulla base del principio del doppio grado di giudizio, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 della l. n. 1 del 1978 nella parte in cui escludeva l'appellabilità al Consiglio di Stato delle ordinanze cautelari dei T.A.R.^[17]. Invero, la Consulta, da un lato, richiamando l'art. 125 Cost. aveva asserito come il principio del doppio grado di giurisdizione fosse applicabile anche al settore amministrativo e, dall'altro, sottolineato come anche il procedimento cautelare, in quanto intimamente connesso con il processo di merito, dovesse consentire la soddisfazione dell'interesse meritevole di tutela.

5. L'orientamento opposto sposato dal Presidente della IV Sezione.

Come precedentemente descritto, con l'occasione che ha dato origine al decreto che si commenta, il Presidente della IV Sezione del Consiglio di Stato avverte, invece, l'esigenza di riaffermare l'inappellabilità dei decreti monocratici cautelari. A tal fine, individua nella sottoposizione dei giudici alla legge di cui all'art. 101, co. 2, Cost. un punto essenziale della motivazione. Nello specifico, il Presidente sottolinea come soprattutto nei casi di una chiara formulazione letterale delle norme, non sia possibile da parte del giudice una esegesi differente (o, meglio, contraria), evidenziando inoltre, come l'unico strumento interpretativo idoneo a modificare il diritto oggettivo nazionale sia rappresentato dalle sentenze di accoglimento (pur se manipolative) della Corte costituzionale.

Tale decreto si inserisce, pertanto, nell'ambito delle decisioni che escludono l'appellabilità dei decreti cautelari monocratici. Queste hanno nel tempo fatto leva su diverse motivazioni, evidenziate anche da commenti della dottrina. In particolare, oltre ad aver sottolineato la chiarezza del dato normativo espresso, è stato evidenziato come tale eccezionale misura cautelare monocratica presidenziale *“ha funzione strettamente interinale prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, in caso di estrema gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio e che il relativo «decreto» è per legge «efficace sino a detta camera di consiglio», che costituisce la giusta sede per l'esame della domanda cautelare”*[18].

Inoltre, deve rilevarsi come la pronuncia di un decreto da parte del Presidente di una delle Sezioni del Consiglio di Stato possa comportare delle problematiche di ordine pratico, dovendosi considerare la possibile sovrapposizione tra la pronuncia monocratica cautelare in grado di appello e quella collegiale in primo grado.

Addirittura, più recentemente, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia ha emesso una pronuncia di non luogo a provvedere in relazione ad una impugnazione avente ad oggetto un decreto presidenziale monocratico reso ai sensi dell'art. 56 c.p.a. evidenziando come non via sia luogo a provvedere sulle istanze di rimedi giuridici inesistenti e non essendoci alcuna possibilità per il Presidente di esercitare poteri non previsti da disposizioni legislative[19].

Infine, attenta dottrina ha osservato la volontà del legislatore nel senso della non appellabilità dei decreti presidenziali monocratici sia emersa con chiarezza anche nella vigenza dell'art. 84 del Decreto c.d. *“Cura Italia”*[20]. Infatti, anche in tale caso, l'appellabilità di tali provvedimenti, inserita dapprima nello schema, è stata espunta dalla versione definitiva del decreto.

6. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale e il ruolo del giudice.

Deve rilevarsi come la pronuncia in commento, motivando la sua decisione esclusivamente sulla base dell'interpretazione letterale della norma e del principio di sottoposizione del giudice alla legge, evita di operare qualsivoglia riferimento al principio di effettività della tutela giurisdizionale. Tale principio, però, volendo utilizzare la celebre espressione di Chiovenda, è la *“vivida stella che irradia la sua luce sull'intero sistema”*, volta ad assicurare *“tutto quello e proprio quello”* che il processo mira a garantire[21] e, come tale, non può non guidare l'attività dei giudici. Del resto, è proprio su questo principio che si fondano le teorie a sostegno dell'appellabilità dei decreti cautelari nei casi eccezionali precedentemente descritti.

In questo senso, dunque, si deve osservare come, se è pur vero che una pronuncia della Corte costituzionale potrebbe risolvere la situazione in maniera chiara, è il giudice del caso concreto a essere chiamato a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale. In relazione a ciò, peraltro, essendo le richieste cautelari connotate da gravità e urgenza, è evidente come l'esperimento di un incidente di costituzionalità (con le sue relative tempistiche) vanificherebbe qualsiasi effettività della tutela per il richiedente.

Ecco, quindi, che pur concordandosi con l'affermato principio di sottoposizione del giudice alla legge e, dunque, con impossibilità per questi di andare contro l'espresso dato normativo,

si ritiene che l'esigenza di effettiva tutela richiesta dal ricorrente non possa, comunque, passare in secondo piano, essendo il giudice chiamato a garantirla in ogni situazione.

Potrebbero, pertanto, essere apprezzabili le richiamate pronunce a favore dell'impugnabilità di tale tipo di decisioni, che hanno tentato di delineare dei confini per l'appellabilità dei decreti cautelari monocratici senza utilizzare un approccio netto nel senso dell'ammissibilità delle impugnazioni, ma provando a limitarle ai casi di natura decisoria dei provvedimenti, nonché di compromissione definitiva della situazione concreta. Al proposito, però, non può sottacersi l'effettivo rischio di vanificazione del principio di certezza del diritto, connessa alle differenti qualificazioni dei casi concreti da parte dei singoli giudici.

Inoltre, non può non considerarsi anche come le risalenti (e citate) pronunce dell'Adunanza Plenaria e della Corte costituzionale, volte a consentire l'appello delle ordinanze cautelari nel silenzio della legge, abbiano fondato le loro motivazioni proprio sul fatto che le disposizioni di interesse non contenevano divieti e limiti espressi all'impugnazione. Quanto all'articolo 56 c.p.a. deve, invece, ribadirsi come esso contenga una espressa previsione di inappellabilità dei decreti presidenziali monocratici. In questo senso, effettivamente, l'osservazione della pronuncia in commento circa l'impossibilità per il giudice di operare una interpretazione *contra legem* è più che pertinente.

7. Considerazioni conclusive.

È evidente come la questione dell'appellabilità dei decreti cautelari monocratici sia tuttora aperta nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, la quale continua a far registrare orientamenti opposti in seno alle differenti Sezioni, a prescindere dalla parentesi rappresentata dalla vigenza dell'art. 84 del D.L. 18/2020 del periodo pandemico. Ciò, del resto, conferma la perdurante sussistenza di questioni controverse nell'ambito della tutela cautelare del processo amministrativo^[22].

Sarebbe, dunque, alla luce delle considerazioni sopra svolte, auspicabile un intervento del Legislatore sul punto o, quantomeno una pronuncia chiarificatrice dell'Adunanza Plenaria. Invero, l'esistenza di orientamenti così contrastanti (o, addirittura, opposti) potrebbe comportare delle diversificazioni rilevanti nella tutela degli interessi dei consociati, i quali, a seconda della Sezione competente, troverebbero forme di tutela contrapposte. È evidente come ciò possa produrre una intollerabile situazione di disparità di trattamento.

Inoltre, come già osservato, questioni problematiche sorgono anche in relazione al principio della certezza del diritto, messo a dura prova dalle differenti opinioni delle varie Sezioni del Consiglio di Stato.

[1] In particolare, si sta facendo riferimento all'art. 84 del D.L. del 17 marzo 2020, n. 18 ("Cura Italia"), il quale, per il periodo ricompreso tra l'8 marzo 2020 e il 15 aprile 2020, oltre ad aver disposto la sospensione di tutti i termini relativi al processo amministrativo, nonché il rinvio delle udienze pubbliche e camerali dei procedimenti pendenti, ha previsto che "i procedimenti cautelari, promossi o pendenti nel medesimo lasso di tempo, sono decisi con decreto monocratico dal presidente o dal magistrato

da lui delegato, con il rito di cui all'articolo 56 del codice del processo amministrativo, e la relativa trattazione collegiale è fissata a una data immediatamente successiva al 15 aprile 2020”.

[2] Tra gli altri, si menzionano i decreti presidenziali n. 6534 del 2021 e n. 798 del 2022 (quest'ultimo richiamato nella sua parte motiva dallo stesso decreto che qui si sta annotando).

[3] Tar Campania, Sez. dist. Salerno, 23 aprile 2022, n. 174.

[4] L'unica affermazione non condivisa del richiamato decreto è quella relativa alla esclusione della necessità di fissare “una inconfigurabile trattazione in sede camerale-cautelare in grado di appello”.

[5] Esso affermava che “prima della trattazione della domanda cautelare, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie. Il presidente provvede con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio. Il decreto è efficace sino alla pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile. Le predette disposizioni si applicano anche dinanzi al Consiglio di Stato, in caso di appello contro un'ordinanza cautelare e in caso di domanda di sospensione della sentenza appellata”.

[6] Sul punto, per una riflessione più approfondita, si veda R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla L. n. 205/200 al Codice del Processo Amministrativo*, Giuffrè editore, Milano, 2010, pp. 208ss.

[7] In dottrina tale contraddittorio viene qualificato come embrionale e deformatizzato (F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, II ed., Dike giuridica, Roma 2020, pp. 1541ss.).

[8] Sebbene l'articolo 56 c.p.a. menzioni espressamente soltanto il presupposto del periculum in mora, dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere necessaria una ricognizione, anche se sommaria, del fumus boni iuris da parte del giudice. Diversamente opinando, si contraddirebbe il fondamentale principio di strumentalità della tutela cautelare, potendosi attribuire, seppur temporaneamente, situazioni di vantaggio non giustificate dall'esigenza di garantire l'esito della decisione finale. Sul punto A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIII ed., Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 285 ss.

[9] In particolare, R. LEONARDI, ha affermato che “la centralità assunta dalla tutela cautelare nel processo amministrativo ha dato vita a un continuo susseguirsi di norme e di orientamenti giurisprudenziali, nazionali ed europei, che nel tempo ne hanno cambiato profondamente, e continuano a farlo, la fisionomia e i contenuti.” (R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla L. n. 205/200 al Codice del Processo Amministrativo*, Giuffrè editore, Milano, 2010, p. 3).

[10] I. GENUESSI, *Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico: tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti*, in *Giustizainsieme.it*, 20 aprile 2021.

[11] Cons. St., Sez. V, decreto monocratico, 7 dicembre 2018, n. 5971.

[12] In questo senso, Cons. St., Sez. III, decreto monocratico, 10 marzo 2021, n. 1224.

[13] Cons. St., Sez. III, 30 marzo 2020, n. 1553.

[14] Cons. St., Sez. III, 27 aprile 2020, n. 2294.

[15] Il dibattito giurisprudenziale era sorto a causa dell'articolo 28, co. 2, della L. 1034/1971, il quale prevedeva l'appello in Consiglio di Stato per le sentenze emesse dai T.A.R., nulla disponendo, invece, quanto alle ordinanze. Sul tema si veda, A. DE SIANO, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, in *Federalismi.it*, 8 gennaio 2020.

[16] Cons. St., Ad. Pl., 20 gennaio 1978, n. 1.

[17] Corte costituzionale, 14 gennaio 1982, n. 8.

[18] Così, Cons. St., Sez. V, 19 luglio 2017, n. 3015.

[19] C.g.a., Sez. giuris., 25 agosto 2020, n. 624. Sul punto si veda 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 *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 31 marzo 2020.

[20] I. GENUESSI, *Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico: tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti*, in *Giustiziainsieme.it*, 20 aprile 2021.

[21] G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960.

[22] Come osservato da F. Francario, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in *Osservatorio Emergenza Covid-19*, 13 marzo 2020, anche le norme dettate nel periodo di emergenza in tema di tutela cautelare “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”.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2517 – 3 novembre 2022

Silenzio assenso tra P.A. e autorizzazione paesaggistica. Le prospettive del Consiglio di Stato (nota a Consiglio di Stato, Sezione Sesta, n. 4098 del 24 maggio 2022)

di Sveva Speranza

Sommario: 1. Premessa - 2. Silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni - 3. L'autorizzazione paesaggistica e l'inapplicabilità dell'art. 17-bis - 4. La decisione del Tar Campania, un ulteriore tassello per il dibattito giurisprudenziale - 5. La parola al Consiglio di Stato - 6. Conclusioni.

1. Premessa.

La decisione che si commenta riforma la sentenza del Tar Campania, sez. distaccata di Salerno, che aveva annullato il parere emanato dalla Soprintendenza il 13 ottobre 2020 ritenendo già formatosi per silenzio-assenso in forza del combinato disposto degli artt. 11, commi 7 e 9, del D.P.R. n. 31/2017, e 17-bis della l. n. 241/1990. Nel caso di specie, il ricorrente aveva avanzato un'istanza volta all'ottenimento del permesso di costruire e dell'autorizzazione paesaggistica per un immobile sito nel Comune di Cava dei Tirreni soggetto a vincolo paesaggistico ai sensi del D.M. 12 giugno 1967 e della L. n. 1497/39. La decisione del Tar Salerno aveva attribuito rilevanza alla circostanza che la Soprintendenza, avendo acquisito gli atti in data 20 luglio 2020, aveva comunicato i motivi ostativi all'accoglimento della istanza il 31 luglio 2020 e aveva emanato il diniego definitivo solo il successivo 13 ottobre 2020, oltre il termine procedimentale dei venti giorni. Il Consiglio di Stato accoglie l'appello proposto dal Ministero della Cultura, escludendo che il silenzio assenso si fosse effettivamente formato nel concreto del caso di specie, non anche che la fattispecie possa astrattamente configurarsi nel procedimento di autorizzazione paesaggistica.

La decisione merita pertanto di essere segnalata in quanto indicativa della evoluzione in atto nella giurisprudenza amministrativa sull'applicabilità del silenzio-assenso ex art 17-bis l. 241/1990 e smi ai procedimenti per l'autorizzazione paesaggistica e sulla perentorietà del termine di cui all'art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42 del 2004.

2. Silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni.

Alimentando le aspettative degli operatori del diritto, il legislatore ha manifestato crescente fiducia nel ruolo ricoperto dall'istituto del silenzio assenso nella semplificazione amministrativa^[i].

In riferimento all'attività amministrativa avente valore provvedimento, il silenzio assenso non è altro che estrinsecazione del potere in forma semplificata secondo quanto previsto dall'art. 20 l. 241/90, come novellato dalla legge 80/2005.

Invero, salvo il regime della s.c.i.a. di cui all'art. 19, il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'art. 2 comma 2 o 3, il provvedimento di diniego, oppure non indice nel termine di trenta giorni una conferenza di servizi. Tale fenomeno si verifica nei rapporti cd. "verticali" ovvero tra la P.A. e i privati che sollecitano il soddisfacimento di una pretesa legittima, per ottenere la quale, in assenza di un provvedimento esplicito s'intende prodotto in forma tacita. In tale circostanza il silenzio assenso equivale all'atto conclusivo del procedimento, nonché l'atto che può essere impugnato innanzi al giudice amministrativo, rivestendo cioè un'efficacia esterna.

Con l'introduzione dell'art. 17-bis l. 241/90 è stata inaugurata l'applicabilità del silenzio assenso anche ai rapporti orizzontali tra amministrazioni pubbliche e soggetti ad esse equiparati, nonché gestori di beni e servizi pubblici.

Da una prospettiva oggettiva, la norma di cui all'art. 17-bis l. cit. prevede la formazione del silenzio assenso nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta, comunque denominati, se l'amministrazione interpellata non comunica l'adesione allo schema di provvedimento inviato dall'amministrazione precedente entro il termine di trenta giorni ^[ii].

Rispetto al silenzio assenso di cui all'art. 20, il silenzio endoprocedimentale tra P.A. non equivale all'emanazione del provvedimento conclusivo bensì si inserisce all'interno di un procedimento pluristrutturato, nel quale, al di là del *nomen iuris*, ha valenza co-decisoria essendo applicabile anche ai pareri vincolanti e non puramente consultivi^[iii]. A tal proposito è utile porre attenzione al comma 3 dell'art. 17bis, in cui si esplicita che la regola de qua si applica anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche. In tali casi, si prevede unicamente un termine più ampio per l'espressione dell'assenso, concerto o nulla osta, che è di 90 giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione precedente. Decorsi

i suddetti termini, senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito.

Al contrario, nell'art. 20 viene esclusa espressamente l'applicabilità del silenzio assenso quando il provvedimento ha ad oggetto interessi sensibili, essendo caratterizzati da valutazioni di compatibilità con alto grado di discrezionalità tecnica che mal si prestano ad un comportamento concludente in luogo di un parere espresso.

L'applicabilità dell'art. 17-bis al solo silenzio orizzontale, inoltre, è stata recentemente ribadita anche dalla Corte costituzionale con la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 8, della legge della Regione Siciliana 6 maggio 2019, n.5^[iv] che aveva introdotto il silenzio-assenso sulla domanda di autorizzazione paesaggistica con efficacia anche verticale.

3. L'autorizzazione paesaggistica e l'inapplicabilità dell'art 17bis

Il procedimento finalizzato al rilascio dell' "autorizzazione paesaggistica" valuta la trasformazione di un territorio in ragione delle implicazioni sulla sua morfologia paesaggistica, intesa non in senso meramente estetico o panoramico bensì con risvolti sull'ambiente circostante^[v].

Secondo un primo orientamento più restrittivo, la giurisprudenza amministrativa tende ad escludere l'applicabilità dell'art. 17-bis all'autorizzazione paesaggistica^[vi].

Diverse critiche sono state rivolte a un tale orientamento.

In primo luogo, la circostanza che il parere della soprintendenza non può considerarsi un assenso, un concerto o un nulla osta. Quest'ultimo, infatti, rappresenta un atto di particolare complessità tecnica che presuppone una valutazione tecnico-discrezionale secondo i requisiti elencati nel comma 5, art. 146 l. 42/2004^[vii]. Dall'analisi della norma emerge, infatti, che l'istanza per l'ottenimento dell'autorizzazione paesaggistica, ancorché presentata dal privato, viene presentata alla regione che provvede a trasmettere una "proposta di provvedimento" alla soprintendenza, non l'istanza stessa. Con tale precisazione è evidente che la regione ricopre un ruolo istruttorio/decisorio, mentre la soprintendenza è chiamata ad esprimere un parere vincolante entro 45 giorni dalla ricezione dello schema di provvedimento.

In secondo luogo, il termine più breve, rispetto ai 90 giorni previsti dall'art. 17-bis per i provvedimenti aventi ad oggetto interessi sensibili, propenderebbe per l'inconciliabilità con il silenzio endoprocedimentale^[viii].

Rileva, inoltre, ai sensi del comma 8 art. 146 l.cit. che nel caso in cui tale parere sia negativo, l'ente pubblico è tenuto ad emanare il preavviso di rigetto ex art. 10 l. 241/90 ed entro ulteriori 20 giorni l'amministrazione è chiamata a provvedere in conformità^[ix].

Si può in effetti ritenere che la soprintendenza eserciti sull'atto autorizzativo non solo una valutazione di semplice legittimità, con correlativo potere di annullamento ad estrema difesa del vincolo, ma di merito amministrativo, espressione di poteri di cogestione del vincolo paesaggistico^[x]. La conclusione sembra suggerita da una lettura congiunta degli artt. 16 e 17

l. 241/90, in relazione agli assensi, concerti o nulla osta di cui all'art. 17bis. I primi fanno riferimento ad atti di altre amministrazioni da acquisire necessariamente nella fase istruttoria del procedimento: il parere (facoltativo o obbligatorio) di cui all'art. 16 rientra nell'attività consultiva della P.A. ed è facoltà dell'amministrazione richiedente procedere, indipendentemente dall'acquisizione dello stesso; il parere ex art. 17, invece, si sostanzia in una valutazione tecnica da parte di altre amministrazioni senza la quale il provvedimento finale non può essere emanato.

Sebbene sia collocato nella norma seguente all'art. 17, i pareri ex art. 17-bis sono obbligatori e vincolanti, espressione del meccanismo della cogestione degli interessi in gioco.

Pertanto, sottolineando la peculiarità degli interessi paesaggistico-ambientali, non essendo bilanciabili con altrettanti interessi di natura differente, sono posti in una posizione di rilievo assoluto per l'ordinamento: la materia paesaggistica, come più in generale quella dei beni culturali, è tradizionalmente impermeabile al modello del silenzio-assenso per espressa previsione dell'art. 20 l. 241/90.

Il giudizio di compatibilità, infatti, deve essere tecnico e relativo al caso concreto, nonché espressione del novellato art. 9 Cost.^[xi] il quale consente di fare eccezione anche a regole di semplificazione a effetti sostanziali altrimenti praticabili. A tal proposito si segnala che ancorché il legislatore abbia previsto una speciale concentrazione procedimentale, come quella che si attua con il sistema della conferenza di servizi, essa non comporta un'attenuazione in termini di tutela paesaggistica.^[xii]

Ciò detto, l'istituto del silenzio-assenso mal si concilia con la logica dei giudizi di valore tecnico-discrezionali che si rivelano, inevitabilmente, opinabili, adattandosi, piuttosto, ai soli atti vincolati ed espressione di scienze esatte su valori misurabili. Non a caso, il rimedio processuale predisposto dal legislatore agli artt. 31 e 117 c.p.a., non è esperibile contro qualsiasi tipologia di omissione amministrativa, restando esclusi dalla sua sfera applicativa non solo i casi di silenzio significativo, *rectius* qualunque attività non provvedimentale.

In più pronunce la giurisprudenza rimarca l'estraneità alla funzione di tutela del paesaggio di "ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi", atteso che il parere è "*atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica*", in cui il giudizio di compatibilità paesaggistica "*deve essere ... tecnico e proprio del caso concreto*".

Da quanto detto si deduce che il parere reso tardivamente non è inefficace, ma è non vincolante per la P.A. procedente, alla quale spetta tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici^[xiii].

Nella sentenza n. 2640/2021, inoltre, il Consiglio di Stato ha chiarito che il meccanismo del silenzio-assenso ex art. 17-bis non si applica alla 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 procedente 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*^[xiv]".

Da questo orientamento è possibile concludere che i procedimenti (sebbene) pluristrutturati ad istanza di parte non rientrano nel campo applicativo dell'art. 17bis.

4. La decisione del Tar Campania

Pur appartenendo al diverso e minoritario orientamento giurisprudenziale, la pronuncia del Tar Salerno, n. 1542 del 2021, coglie e difende un certo parallelismo tra l'art. 146 e l'art. 17-bis.

Nel merito era stato impugnato il diniego dell'autorizzazione paesaggistica n. 5051 del 19 gennaio 2021, da parte del Comune di Battipaglia, deciso con sentenza n.1542 del 23 giugno 2021. In particolare, il ricorrente impugnava anche il parere contrario della Soprintendenza ai beni paesaggistici di Salerno ed Avellino n. 16827 del 18 settembre 2020, in quanto comunicato oltre 45 giorni dalla ricezione degli atti.

Tale tesi si fonda sul presupposto che l'autorizzazione paesaggistica sia una decisione pluristrutturata a tutti gli effetti.

Invero, i giudici campani hanno ribadito la sussistenza di un rapporto intersoggettivo di tipo orizzontale, intercorrente tra le due pubbliche amministrazioni chiamate ad esprimersi, l'una proponente, l'altra deliberante. Tale rapporto non va confuso con il diverso rapporto di tipo verticale che si instaura tra il privato e la Regione finalizzato al provvedimento di rilascio o di diniego dell'autorizzazione paesaggistica, riguardo al quale il silenzio-assenso non può evidentemente operare. Inoltre, non deve essere confuso con la decisione monostrutturata rinvenibile nelle cause di gestione di pratiche SUAP (sportello unico attività produttive) dove l'amministrazione procedente assume un ruolo meramente formale, ovvero raccoglie e rimette l'istanza all'unica amministrazione decidente. In tal caso, non essendoci altri enti pubblici co-decisorio, il vero beneficiario del silenzio-assenso sarebbe il privato avvalendosi di un'ipotesi elusiva di silenzio.

Il tribunale amministrativo, infatti, esclude che l'emanazione dell'autorizzazione paesaggistica possa assimilarsi a quella appena descritta, considerando che la regione, lungi dal ricoprire un ruolo meramente servente, è l'amministrazione chiamata ad interfacciarsi con il privato attraverso il provvedimento di accoglimento o rigetto: sia perché la legge dispone che "sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la Regione", sia perché è la titolare del potere di decidere in via esclusiva sugli aspetti urbanistico edilizi.

In sentenza si dà conto di un ulteriore elemento da considerare, in relazione agli interventi minori per i quali è disciplinata l'autorizzazione paesaggistica semplificata all'interno del d.p.r. 31/2017.

Ai sensi dell'art. 11 comma 9 di quest'ultimo regolamento è, infatti, esplicitamente prevista la formazione del silenzio-assenso ai sensi dell'art. 17-bis se la sovrintendenza non esprime il parere nei termini di legge.

Alla luce di quest'ultimo richiamo è difficile, se non impossibile, considerare che un regolamento amministrativo, quale fonte secondaria, possa porsi in contrasto con una fonte legislativa di rango primario, dal momento che in caso contrario sarebbe destinatario della sanzione della disapplicazione. Al contrario, i giudici campani sembrano ritenere che tale

disposizione regolamentare sia una conferma dell'applicabilità del silenzio-assenso ex art. 17bis anche al procedimento ordinario posto alla loro attenzione.

Infine, si allegano, come argomenti a favore dell'applicabilità del silenzio endoprocedimentale, autorevole prassi amministrativa consistente nelle linee dettate dal capo dell'ufficio legislativo del Ministero per i beni e le attività culturali, con le direttive n. 27158 del 10 novembre 2015, n. 21892 del 20 luglio 2016 e n. 11688 dell'11 aprile 2017 (cfr. pag. 3, § b1), nonché con i pareri n. 1293 del 19 gennaio 2017 e n. 23231 del 27 settembre 2018.

All'esito di tale ragionamento giuridico, la decisione si conclude con l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento del diniego dell'autorizzazione paesaggistica emanato dal Comune di Battipaglia, dichiarando, inoltre, l'inefficacia dello stesso quale atto tardivo ai sensi dell'art. 2 comma 8bis l. 241/90.

5. La sentenza del Consiglio di Stato

Con la sentenza n. 4098 del 24 maggio 2022, la VI Sez. del Consiglio di Stato è tornata a pronunciarsi sulla questione *de qua*, facendo chiarezza sul rapporto tra il silenzio ex art. 17bis e l'autorizzazione paesaggistica.

Nella parte motiva della sentenza, il Collegio giudicante ricorda che aveva già avuto occasione di esprimersi in senso contrario alla compatibilità tra il silenzio assenso endoprocedimentale e i procedimenti disciplinati dall'art. 146 del D.L.vo 42/2004 *“per la ragione che in questi procedimenti la Soprintendenza non è chiamata ad esprimersi su una proposta del provvedimento finale che sarà adottato dall'amministrazione procedente, bensì su una proposta di parere paesaggistico, che riguarda un progetto e che non viene formulata dall'autorità procedente – cioè quella che deve autorizzare il progetto o l'opera – bensì dalla Regione o dall'ente che questa abbia eventualmente delegato ad esercitare i poteri ad essa assegnati dall'art. 146[~~xv~~]”*, concludendo per sostenere l'affermazione che il provvedimento conclusivo del procedimento abbia a tutti gli effetti una natura mono strutturata.

Ebbene, pur senza manifestamente smentire quanto in precedenza affermato, il Consiglio di Stato sembra rimeditare almeno in parte il precedente orientamento.

I giudici amministrativi sostengono, infatti, che l'unico elemento di apparente contrarietà all'applicabilità del silenzio ex art. 17-bis l. cit. all'emanazione dell'autorizzazione paesaggistica, sia rilevabile nella scansione procedimentale di cui al comma 9 dell'art. 146 cod. paesaggio, secondo cui la Regione (o l'organo da questa delegato) provveda comunque, senza specificare se l'emanazione del provvedimento debba avvenire in conformità della proposta inviata alla Soprintendenza. Invero, dalla norma emerge la circostanza che l'Amministrazione procedente è chiamata ad emettere a prescindere un provvedimento espresso.

I principi generali, tuttavia, impediscono di adottare un provvedimento non conforme all'originaria proposta, senza formularne una nuova. Dovendo concludere che sia lo stesso art. 146 D. L.vo cit. a prevedere una forma di silenzio assenso secondo lo schema dell'art. 17bis L.241/90, trattandosi di un provvedimento che presenta un tratto (necessariamente) co-decisorio.

Coerentemente con quanto sin qui affermato, «*se presupposto all'art. 146, comma 9, vi fosse la formazione di un silenzio assenso ai sensi dell'art. 17-bis, la norma avrebbe dovuto prevedere, per coerenza, che anche in tal caso l'amministrazione procedente adottasse il provvedimento finale "in conformità": in tal caso, "in conformità" alla proposta iniziale, sulla quale la Soprintendenza non ha espresso motivi ostativi. Tanto, induce a ritenere che «il legislatore non ha voluto che si producesse tale effetto, quale conseguenza del comportamento silente della Soprintendenza, come è reso evidente dal fatto che in tal caso l'amministrazione procedente è tenuta a provvedere "comunque" e non "in conformità"».*

Osserva, nondimeno, la Sezione che «*dal punto di vista pratico cambia poco rispetto alla fattispecie del silenzio assenso ex art. 17-bis, perché è evidente che il provvedimento finale, anche in tal caso, deve rispecchiare la proposta originaria trasmessa alla Soprintendenza: diversamente il provvedimento adottato risulterebbe illegittimo in quanto emesso su una proposta non precedentemente sottoposta al parere della Soprintendenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 5799 dell'11 dicembre 2017); l'amministrazione procedente, tuttavia, non essendosi formato un silenzio assenso da parte della Soprintendenza, potrebbe avere un ripensamento e quindi potrebbe decidere di riformulare la proposta originaria, senza perciò incorrere in un provvedimento in autotutela, non essendosi ancora formato un provvedimento definitivo.*

Pertanto, l'atto finale dell'amministrazione procedente, a meno di un "ripensamento" circa la propria posizione originaria, non potrà che essere favorevole al privato, pena l'illegittimità di un

diniego, che sarebbe emesso in assenza di una precedente proposta in tal senso sottoposta al parere della Soprintendenza^[xvi].

6. Conclusioni

Le considerazioni conclusive non possono prescindere dalla preventiva sottolineatura della crescente tendenza dell'ordinamento ad attribuire carattere sempre più generale all'istituto del silenzio assenso, come evidenziato anche dalle più recenti riforme, in particolare i decreti legge semplificazioni 76/2020 e 77/2021. In tutti i procedimenti amministrativi in cui è necessario un dialogo a più voci, se una di questa si intende acquisita per non bloccare l'iter decisionale, bisogna accettare le conseguenze che derivano nei confronti dei destinatari dei provvedimenti. Si ritiene, infatti, che la generalizzazione dell'istituto del silenzio assenso e la sua applicazione a fattispecie connotate dall'esercizio di un potere discrezionale (più o meno ampio) appaiano compatibili con i principi generali dell'azione amministrativa (buon andamento, imparzialità, trasparenza) unicamente qualora si ritenga sussistere anche in tale ambito il dovere della p.a. di esercitare la propria funzione di amministrazione attiva attraverso la ponderazione degli interessi coinvolti^[xvii].

La modifica legislativa dell'art.17-bis (ora rubricato "Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici" a seguito dell'intervento correttivo dell'art. 12, comma 1, lett. g), n. 1), da parte del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha sostituito le parole "*Silenzio assenso*" con le parole: "*Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti*")^[xviii] ha reso sicuramente più problematica la figura generale del silenzio-assenso.

Speculare all'applicabilità del silenzio-assenso è il concetto di inesauribilità del potere che viene messo a dura prova dal dovere di provvedere sancito all'art. 2 l. 241/90. Per cui, o si deve ritenere ancora esercitabile il potere della p.a. che entro i termini di legge non ha emanato il provvedimento oppure si intende acquisito un parere favorevole secondo la regola del silenzio-assenso. Quindi delle due, l'una.

Tuttavia, in non poche occasioni si è dimostrato che nella pratica giuridica tra due opzioni apparentemente contrapposte la soluzione corretta può passare per una terza via, e ciò è proprio quanto sembrerebbe avvenire nel caso dell'autorizzazione paesaggistica, in quanto provvedimento pluristrutturato e allo stesso tempo su istanza di parte.

L'istanza ex art. 146 cod. beni culturali e paesaggistici instaura un doppio segmento: verticale tra il Comune (o al diverso ente territoriale delegato dalla regione) e il privato; orizzontale tra il Comune e la soprintendenza.

In effetti la giurisprudenza, già nel parere del Consiglio di Stato 1640/2016, non escludeva dal perimetro di operatività del silenzio-assenso l'indistinta categoria dei procedimenti ad istanza di parte, precisando, piuttosto, che il meccanismo semplificante ex art. 17-bis operava solo in presenza di un'effettiva condivisione della funzione decisoria delle due amministrazioni e non nel caso in cui ad una delle due sia demandata solo una funzione consultiva.

Da qui la differenza sostanziale tra silenzio devolutivo e silenzio-assenso. Nel primo caso l'autorizzazione paesaggistica è imputata esclusivamente all'ente territoriale che l'ha rilasciata, mentre nel secondo caso essa si intesta in co-decisione a entrambe le amministrazioni.

Pertanto, l'art. 17-bis si applica al procedimento disciplinato dall'art. 146 del codice di settore del 2004, limitatamente alla pronuncia del parere della soprintendenza. Invece, in caso di inerzia del Comune e l'inutile decorso del termine finale di conclusione del procedimento, e dunque del rapporto verticale verso il privato, si avrà a che fare con una normale ipotesi di silenzio-inadempimento, ricorribile ex art. 117 c.p.a.

Alla luce di quanto esposto, appaiono sicuramente degne di nota e condivisibili le ultime pronunce a sostegno della compatibilità tra il silenzio assenso endoprocedimentale e i procedimenti pluristrutturati che coinvolgono gli interessi sensibili^[xix].

[i] Per riflessioni critiche sul crescente impiego dell'istituto del silenzio assenso v. M. A. Sandulli, *Silenzio assenso e termine per provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in Il processo, 1/2022, 11 ss e ivi ulteriori riferimenti.

[ii] In dottrina *ex multis* F. De Leonardis, "Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17bis introdotto dalla cd. riforma Madia" di, in Federalismi.it, 21.10.2015; F. Scalia, *Considerazioni in ordine all'ambito soggettivo del nuovo istituto del silenzio-assenso tra amministrazioni*, in Giust. Amm. M. 9, 2017; C. Vitale, *Il Silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: il parere del Consiglio di Stato - il Commento*, in Giornale Dir. Amm., 2017, 1, 95 e ss.; G. Mari, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 853 e ss.; E. Scotti, *Silenzio assenso tra amministrazioni* in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 566 e ss.; A. Contieri, *Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17-bis della legge 241/90; la resistibile ascesa della semplificazione meramente temporale* in *Approfondimenti di diritto amministrativo* (a cura di A. Contieri, Editoriale scientifica 2021 p.109 ss.

[liii] *Cons. Stato, Comm. Spec., 13 luglio 2016 n. 1640.*

[liv] Nella sentenza citata, la Regione Siciliana, introducendo una regola contrastante con una norma fondamentale di riforma economico-sociale della legislazione statale, superava i limiti della propria competenza primaria in materia di tutela del paesaggio ai sensi dell'art. 14, lettera n), dello statuto speciale. *Cfr. Corte cost. 22 luglio 2021 n. 160.*

[lv] Sulla nozione di paesaggio e di beni paesaggistici di cui, rispettivamente, agli artt.131 e 136 D.lgs. n. 42/2004, T.A.R. Lazio, sez. II, 1 aprile 2014, n. 3577.

[lvi] Per una panoramica giurisprudenziale cfr. P. Marzaro, "Silenzio assenso tra amministrazioni, ovvero della (in)sostenibile leggerezza degli interessi sensibili?" in Rivista giuridica di urbanistica, n.2 del 2021, p.432 ss.

[lvii] "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'avvenuto 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".

[lviii] Prima della riforma del 2015 (legge n. 124 del 2015) il quadro era abbastanza chiaro. In base all'articolo 146 del codice di settore del 2004 - come modificato prima dal decreto correttivo e integrativo n. 156 del 2006, poi dall'articolo 4, comma 16, del decreto- legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, quindi dall'articolo 25, comma 3, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164 - l'autorità competente alla gestione del vincolo - di regola il Comune, delegato dalla Regione - doveva provvedere sulla domanda del privato entro 60 giorni, acquisito il parere del soprintendente (obbligatorio e vincolante fino alla conformazione o adeguamento della strumentazione urbanistica alla nuova pianificazione paesaggistica), da rendere entro 45 giorni dalla ricezione degli atti. Si parlava di "silenzio devolutivo", nel senso che, decorso inutilmente il termine senza che la soprintendenza avesse comunicato il parere, il Comune aveva il dovere funzionale di decidere da solo e doveva provvedere sulla domanda ("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": articolo 146, comma 9).

In caso di inerzia del Comune e di inutile decorso di questo termine, non essendo tale fattispecie tipizzata e resa significativa in alcun senso - né positivo, né negativo - dalla legge, e non potendosi, come si è visto, fare applicazione dell'articolo 20 della legge n. 241 del 1990, si aveva a che fare con una normale ipotesi di inerzia non significativa della p.a. di silenzio-inadempimento, ricorribile dinanzi al Tar ex articolo 117 c.p.a. cfr. *Contributo di Piero Carpentieri, Consigliere di Stato, 11.04.2022.*

[lx] *Cons. Stato sez. VI n. 2262/2017, Cons. Stato VI 4 giugno 2015 n. 2751.*

[lxi] A tal proposito si vedano G. Severini e P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in GiustiziaInsieme, 22 settembre 2021.

[lxii] *Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640* (che richiama *Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486; Id., sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039; 15 gennaio 2013, n. 220*). La sentenza n. 2640 del 2021 ha poi ribadito l'applicabilità del diverso criterio del silenzio devolutivo. Il Consiglio di Stato (sentenza della sez. VI, 14 luglio 2020, n. 4559) ha poi escluso la configurabilità del silenzio-assenso tra amministrazioni nella procedura di adeguamento degli strumenti urbanistici comunali al piano paesistico.

[lxiii] *Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4765; id., 29 marzo 2021, n. 2640; id., 7 aprile 2022, n. 2584.*

[lxiv] *Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2020, n. 4559.*

[lxv] *Cons. Stato, Sez. VI, 8 gennaio 2020, n. 129; Sez. VI, 18 settembre 2017, n. 4369; Sez. VI, 12 settembre 2017, n. 4315; Sez. VI, 18 luglio 2017, n. 352.*

[lxvi] Consiglio di Stato-Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia Amministrativa, *Relazione illustrativa sulle questioni deferite dal Presidente della Sezione VI del Consiglio di Stato, con nota del 17 maggio 2022.*

[xvii] M. Calabrò, *Silenzi assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi* 10/2020.

[xviii] Ai sensi del comma 3 del testo vigente dell'art. 17-bis: "Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche. In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione precedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito".

[xix] *In tal senso cfr. Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2019, n. 6556; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 7 giugno 2019, n. 3099; Tar Toscana, 16 dicembre 2020, n. 1656; Tar Sardegna, sez. II, 12 aprile 2021 n. 256.*

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2488 – 12 ottobre 2022

Le proroghe *ex lege* delle concessioni “balneari” alla Corte di Giustizia: andata e ritorno di un istituto controverso (nota a T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, ordinanza 11 maggio 2022, n. 743)

di Matteo Timo

Sommario: 1. Premessa: il quadro delle concessioni balneari dopo le sentenze “gemelle” del 2021 - 2. I quesiti pregiudiziali sollevati dal TAR Puglia: un nuovo contrasto giurisprudenziale? - 3. La controversa applicabilità della normativa eurounitaria alle concessioni balneari: parziale adesione dell’ordinanza di rinvio alla Plenaria - 4. (Segue) L’incerto rapporto fra diritto nazionale e diritto dell’Unione: in particolare, la “direttiva servizi” recepita, ma *self-executing* - 5. Cenni finali all’ordinanza di rinvio pregiudiziale e osservazioni conclusive.

1. Premessa: il quadro delle concessioni balneari dopo le sentenze “gemelle” del 2021

Con l’ordinanza in rassegna^[1] – emessa nel corso di un giudizio scaturito da un ricorso dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) ai sensi dell’art. 21-*bis* della legge n. 287/1990^[2] – il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sezione di Lecce, a pochi mesi di distanza dalle pronunce “gemelle” dell’Adunanza Plenaria^[3], ha operato un rinvio ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (di seguito anche “TFUE”), sottoponendo alla Corte di Giustizia dell’Unione europea nove quesiti pregiudiziali concernenti le concessioni demaniali marittime, lacustri e fluviali, ad uso turistico e ricreativo, cosiddette “concessioni balneari”.

Si tratta della seconda volta che i giudici amministrativi interrogano la Corte di Giustizia in merito alla conformità al diritto eurounitario del meccanismo delle proroghe legali delle concessioni in essere, con particolare riferimento alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi di cui all'art. 49 TFUE e all'art. 12 della c.d. "direttiva servizi" o "direttiva Bolkestein"^[4]. Come noto^[5], infatti, la Corte si era pronunciata – con la sentenza *Promoimpresa* del 2016^[6] – nel senso che le menzionate disposizioni unionali ostano a qualsiasi tipologia di rinnovo automatico dei titoli concessori in assenza di procedura selettiva del concessionario, allorché ricorrano, a seconda dei casi^[7], o un interesse transfrontaliero certo o si tratti dell'affidamento di una risorsa naturale scarsa.

La scelta operata dal T.A.R. Lecce – unitamente alla procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea nei confronti della Repubblica italiana nel 2020 – consente di corroborare quanto si ebbe modo di scrivere qualche mese prima della notifica della lettera di messa in mora, nella misura in cui «il protrarsi della mancata armonizzazione e l'assenza di una normativa puntuale sulle concessioni balneari potrebbe esporre lo Stato italiano ad una nuova procedura d'infrazione, ovvero determinare un ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia [...]»^[8].

Occorre, ad ogni modo, dare atto di quanto il quadro normativo e giurisprudenziale che contorna il rinvio *de quo* appaia profondamente mutato da quello che mosse il T.A.R. Lombardia, nel 2014, e il T.A.R. Sardegna, nel 2015, ad adire la Corte di Giustizia^[9].

Il rinvio pregiudiziale resta, comunque, uno strumento utile a meglio definire la complessa attuazione della direttiva servizi nell'ordinamento italiano, anche se, con precipuo riferimento ai contenuti di quello operato dall'ordinanza in commento, esso non sembra abbia colto appieno l'occasione per sollevare talune altre questioni d'interesse: quali l'effettiva portata del legittimo affidamento in capo ai concessionari uscenti; le modalità di accertamento del carattere "scarso" della risorsa oggetto di concessione; la sorte del provvedimento amministrativo inoppugnabile, ma divenuto "illegittimo" per disapplicazione della normativa interna contrastante con quella unionale; la legittimità e i limiti dei cosiddetti "effetti verticali invertiti" che possono scaturire da un'applicazione della direttiva Bolkestein da parte delle amministrazioni locali nei confronti dei concessionari decaduti; il valore da riconoscere al decreto legislativo di recepimento^[10] della direttiva servizi in Italia; nonché, sempre che il rinvio pregiudiziale sia la sede opportuna, tutte le problematiche e le perplessità che sono state evidenziate da attenta dottrina in merito alle pronunce n. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, tra le quali, non da ultima, la possibilità che dalla disapplicazione della proroga legale consegua una responsabilità penale, come peraltro confermato da una controversa – e successiva alla Plenaria – sentenza della Corte di Cassazione^[11].

Segnatamente, le considerazioni che muovono nel senso sopra delineato si radicano nella circostanza per cui il rinvio pregiudiziale, a sommosso avviso dello scrivente, sembrerebbe in qualche misura esortare la Corte di Giustizia a "correggere il tiro" dell'Adunanza plenaria in punto di disapplicazione della normativa sulla proroga legale, tanto che i quesiti formulati si concentrano eminentemente sulla possibilità di riconoscere alla direttiva Bolkestein effetti diretti, esponendo alla Corte – nel solco di una consolidata giurisprudenza della Sezione Lecce^[12] – le ragioni per le quali siffatta direttiva non godrebbe d'immediata applicazione nell'ordinamento italiano.

Invero, l'ordinanza rilancia la tesi dell'assenza di effetti diretti in capo alla direttiva Bolkestein e al suo art. 12 in particolare. Già all'epoca del primo rinvio si riscontravano opinioni divergenti sulla natura della direttiva n. 2006/123/CE: oggi la tematica dovrà essere affrontata dalla Corte di Giustizia anche alla luce della giurisprudenza, successiva al 2016, che – in un modo o nell'altro^[13] – ha ritenuto che la direttiva servizi sia pienamente idonea ad applicarsi alle concessioni balneari.

Occorre, infatti, rammentare che sembrerebbero militare nel senso della disapplicazione delle proroghe *ex lege* non solo la lettura della sentenza *Promoimpresa*^[14] e la successiva maggioritaria giurisprudenza amministrativa^[15], ma anche la seconda procedura d'infrazione promossa dalla Commissione europea^[16], il recente arresto della Plenaria^[17] – recepito da alcune Sezioni semplici del Consiglio di Stato^[18] e dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana^[19] –, la stessa Corte di Cassazione nella sentenza prima citata.

Ad ogni buon conto, la giurisprudenza costituzionale^[20], nel riconnettere la potestà legislativa a quella riservata allo Stato in materia di tutela della concorrenza ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., ha sollecitato un intervento del legislatore nel rispetto del diritto eurounitario e dell'evidenza pubblica: potrebbe, in tal senso, avvalorarsi la tesi del T.A.R. Puglia della necessità di uno specifico recepimento della direttiva nel settore *de quo*.

Tuttavia, la stessa Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il ricorso per conflitto tra poteri dello Stato promosso da una minoranza parlamentare avverso le pronunce della Plenaria^[21] e, dall'altro lato, il legislatore che, nei primi mesi del 2022^[22], sembra sia riuscito a superare la cronica incapacità di regolare le concessioni balneari in punto di tutela della concorrenza, rendendo così prematuro un rinvio alla Corte di Giustizia, sebbene l'attuale crisi di governo non lasci ben sperare in una celere evoluzione legislativa.

Tutto ciò premesso, nel presente lavoro si focalizzerà l'attenzione su talune delle tematiche che sono state oggetto di rinvio pregiudiziale, consci, tuttavia, delle molteplici complessità ermeneutiche, di carattere sostanziale e processuale, che sono emerse dalle sentenze della Plenaria^[23]: ne consegue che oggetto d'interesse delle pagine seguenti sarà l'idoneità o meno del diritto eurounitario – e, in particolare, della direttiva servizi – a regolare il settore delle concessioni balneari.

Al fine di perseguire il suddetto obiettivo, occorre, su un più piano generale, sin da ora osservare come l'oggetto del rinvio pregiudiziale inerisca al rapporto intercorrente fra ordinamento sovranazionale (Unione europea) e ordinamenti nazionali (quelli degli Stati membri), ancorché il T.A.R. Puglia sembri omettere di sussumere compiutamente la normativa sulle proroghe legali entro l'interpretazione fornita dalla pronuncia *Promoimpresa* – anche in prospettiva delle osservazioni esposte dalla Commissione europea^[24] – e trascuri un richiamo alla giurisprudenza *Granita*^[25] della Corte costituzionale, quantunque esso avrebbe potuto meglio definire il “coordinamento” fra fonti nazionali e dell'Unione europea.

Quanto scritto potrebbe avere una qualche utilità anche in termini di eventuale irrilevanza (se non di irricevibilità^[26]) del rinvio pregiudiziale, soprattutto qualora si tenga a mente che, in controversia analoga, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio^[27] è pervenuto a conclusioni opposte, nell'affermare che le decisioni «cui è giunta la Plenaria inducono il Tribunale a ritenere non sussistenti i presupposti per la rimessione alla Corte di Giustizia delle questioni pregiudiziali prospettate dal Sindacato Italiano Balneari [...] al pari delle

questioni di legittimità costituzionale ivi dedotte da ritenersi non rilevanti ai fini della decisione del presente giudizio, proprio in ragione del citato orientamento dell'Adunanza Plenaria»[28].

2. I quesiti pregiudiziali sollevati dal TAR Puglia: un nuovo contrasto giurisprudenziale?

Come già osservato, l'ordinanza *de qua* solleva nove quesiti pregiudiziali fra loro concatenati, fondati sull'asserita mancanza di effetti diretti in capo alla direttiva servizi e volti ad interrogare la Corte di Giustizia in merito alle possibili ricadute scaturenti da un eventuale riconoscimento della natura *self-executing* in capo alla medesima direttiva.

Prima di procedere ad una succinta disamina dei quesiti, appare corretto proporre due considerazioni di carattere generale.

In primo luogo – ma si tratta, invero, di una perplessità scaturente anche dalla lettura delle stesse pronunce della Plenaria[29] –, l'ordinanza omette di prendere in esame la possibilità che la direttiva servizi sia una direttiva recepita, ancorché in modo parzialmente errato e, pertanto, non necessitante di un complesso esame sulla sussistenza dei requisiti per l'“auto-esecutività”, quanto dell'elisione delle disposizioni con essa confliggenti e, in particolar modo, quelle sulle proroghe legali. In particolare, nel ragionamento della Plenaria – e ciò appare quantomeno singolare – manca un qualsivoglia richiamo al d.lgs. n. 59/2010, di recepimento della direttiva Bolkestein[30], sicché il massimo organo della giustizia amministrativa muove direttamente alla ricostruzione della natura *self-executing*.

Similmente alla Plenaria, nella motivazione dell'ordinanza in commento il Collegio afferma che «a seguito della legge di delega n. 88/2009 (art. 41), è intervenuto il decreto legislativo 26.3.2010 n. 59, di formale recepimento della direttiva 2006/123»[31], senza però sviluppare ulteriormente il rilievo. In merito questo aspetto, sebbene si possa richiamare quanto osservato da una voce della dottrina circa l'irrelevanza del d.lgs. n. 59/2010[32], non sembra rispondere a criteri di logicità e, forsanche, di economicità che il giudice nazionale interroghi la Corte di Giustizia circa l'effetto diretto di una direttiva, allorché questa sia stata formalmente recepita e senza motivare in ordine all'inidoneità della normativa nazionale di recepimento a soddisfare gli obiettivi posti dalla direttiva medesima.

In secondo luogo, dalla lettura dell'ordinanza di rinvio non sempre è chiaro comprendere il legame tra le fonti dell'Unione europea e quelle dell'ordinamento nazionale: il Collegio afferma che il diritto derivato si pone in “stretto”[33] rapporto gerarchico con la Costituzione e con le fonti primarie. Simile ricostruzione del T.A.R. Puglia appare alquanto insolita, in assenza di un collegamento con la giurisprudenza costituzionale, la quale sembrerebbe ritenere che la risoluzione delle antinomie fra diritto interno e diritto eurounitario si fondi, in generale, sul criterio di competenza e non su quello gerarchico.

Ciò premesso, i quesiti possono essere riassunti come segue.

Innanzitutto[34], il Collegio interroga la Corte sull'effettiva validità della direttiva servizi, la quale sarebbe una direttiva di "armonizzazione", adottata in violazione dell'art. 115 TFUE[35], vale a dire in assenza del prescritto requisito dell'unanimità.

In seconda battuta, l'ordinanza sviluppa una serie di quesiti concernenti l'effetto diretto[36]: se la direttiva Bolkestein presenti i requisiti di sufficiente dettaglio e di assenza di discrezionalità imprescindibili affinché la medesima sia considerata auto-esecutiva; se, nel caso di assenza di effetto diretto, possa darsi applicazione alle disposizioni nazionali contrastanti, salve le sanzioni per inadempimento a carico dello Stato italiano; se – ma il quesito appare, in certa misura, tautologico –, riconosciuta la natura *self-executing* la direttiva servizi, essa sia direttamente applicabile, ovvero si limiti a creare un obbligo in capo allo Stato membro; se la qualificazione di una direttiva come avente effetto diretto spetti solo al giudice nazionale o anche al funzionario della pubblica amministrazione; se ritenuta la direttiva n. 2006/123/CE *self-executing*, l'applicazione del suo articolo 12 esiga il carattere dell'interesse transfrontaliero certo di cui all'art. 49 TFUE[37].

Inoltre, il T.A.R. chiede se spetti al giudice nazionale statuire sulla «sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito dell'interesse transfrontaliero certo riferito tout-court all'intero territorio nazionale» e sulla «sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili riferito tout-court all'intero territorio nazionale»[38].

Infine, «qualora in astratto ritenuta la direttiva 2006/123 *self-executing*, se tale immediata applicabilità possa ritenersi sussistere anche in concreto in un contesto normativo – come quello italiano – nel quale vige l'art. 49 Codice della Navigazione [...] e se tale conseguenza della ritenuta natura *self-executing* o immediata applicabilità della direttiva in questione [...] risulti compatibile con la tutela di diritti fondamentali, come il diritto di proprietà, riconosciuti come meritevoli di tutela privilegiata nell'Ordinamento dell'U.E. e nella Carta dei Diritti Fondamentali»[39].

Dei summenzionati quesiti, il settimo e l'ottavo, concernenti l'accertamento dell'interesse transfrontaliero e la scarsità della risorsa concessa, appaiono di particolare rilievo, allorché pongono dubbi sulla corretta interpretazione dell'art. 12 della direttiva servizi e dell'art. 49 TFUE. Elementi questi che, in effetti, non sembrano essere stati considerati in misura sufficiente dalla Plenaria, giacché quest'ultima ha operato una valutazione valevole per l'intero territorio nazionale. Dalla sentenza *Promoimpresa*, per il vero, sembra scaturire la necessità di un accertamento *case by case*, in prospettiva delle peculiarità dei singoli territori interessati dal fenomeno concessorio, nonché del fatto che le concessioni sono rilasciate a livello comunale. Dall'ordinanza pare, dunque, emergere un netto contrasto con l'interpretazione della Plenaria, se non altro per i quesiti in parola.

All'opposto, in merito ai quesiti vertenti sull'interesse transfrontaliero certo in quanto tale, essi appaiono di secondo piano, poiché la giurisprudenza della Corte di Giustizia è consolidata nello statuire che il diritto dei Trattati trova immediata applicazione solo ove non vi siano disposizioni di diritto derivato impieghiabili. A maggior ragione che, nel caso di specie, è lo stesso T.A.R. Puglia a riconoscere, in aderenza alla Plenaria, che «sulla base di quanto statuito sul punto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Sent. A.P. 17 e 18 del 2021), ritiene il Collegio l'applicabilità dell'articolo 12 della direttiva in questione alle concessioni demaniali marittime, oggetto del ricorso principale». Ne deriva, di conseguenza, che, se sulla

riconducibilità dell'art. 12 direttiva servizi alle concessioni balneari non è fatta questione, allora l'art. 49 TFUE esce di scena e i quesiti sul suo portato assumono un taglio prettamente teorico.

Invero, anche il quesito sulla scarsità della risorsa potrebbe affievolirsi. Se non pare esservi dubbio che, ad un rigoroso esame della sentenza *Promoimpresa*, dovrebbero essere il giudice nazionale e, a monte, l'amministrazione a compiere, nelle singole ipotesi, una disamina circa il carattere "scarso" della risorsa naturale oggetto di concessione, è parimenti vero che il litorale, per quanto vasto possa essere, è sempre contenuto entro limiti spaziali che impediscono il rilascio di titoli non contingentati.

Tutto quanto osservato senza tenere in conto che la fragilità del bene *de quo*, unitamente alla molteplicità di interessi pubblici sensibili di cui è investito e alla natura di bene demaniale, rendono quanto mai opportuno giungere alla conclusione che il litorale sia sempre una risorsa scarsa, nonché meritevole di una rigorosa attività amministrativa di selezione del concessionario, ogniqualevolta, per l'appunto, tale bene sia sottratto all'uso comune^[40].

Per un altro verso, infine, è da notarsi come il contrasto giurisprudenziale in merito all'auto-esecutività della direttiva servizi forse potrebbe riconsiderarsi. Dal tenore letterale del rinvio^[41], il contrasto si riduce alla menzione di una sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 27 dicembre 2012, n. 6682) senza, di converso, alcun richiamo ai numerosi arresti^[42], anche recenti^[43], di senso opposto.

Invero, chi scrive, con specifico riferimento alla medesima sentenza del 2012, aveva osservato che «in un primo momento, tanto il Consiglio di Stato, quanto la Corte costituzionale avevano espresso l'opinione che il sistema delle proroghe legali fosse giustificato dalla transitorietà che avrebbe dovuto connotarlo, mettendo, per un verso, il legislatore nella condizione di disporre del tempo opportuno per riordinare la materia e, per un altro verso, ponendo i concessionari al riparo da un'improvvisa interruzione del rapporto»^[44] e che «è, infatti, all'indomani della sentenza n. 458/2016, che si assiste ad un tendenziale mutamento nella giurisprudenza, tanto che i Tribunali amministrativi e il Consiglio di Stato si sono prevalentemente uniformati all'interpretazione pregiudiziale»^[45].

A completamento delle considerazioni già svolte, nei paragrafi seguenti si tratteranno unitamente le questioni della validità e, soprattutto, degli effetti della direttiva Bolkestein in ordine alle concessioni balneari.

3. La controversa applicabilità della normativa eurounitaria alle concessioni balneari: parziale adesione dell'ordinanza di rinvio alla Plenaria

Una prima circostanza che appare di importanza basilare è quella, già rilevata, per cui l'ordinanza ammette «l'applicabilità dell'articolo 12 della direttiva in questione alle concessioni demaniali marittime, oggetto del ricorso principale»^[46].

Il dato appare significativo nella duplice misura in cui, innanzitutto, sembrerebbe che, allo stato, la giurisprudenza amministrativa sia unanime nel riconoscere che le concessioni balneari rientrino nel portato oggettivo della direttiva Bolkestein; il che varrebbe altresì ad

attenuare fortemente il contrasto fra l'interpretazione nomofilattica della Plenaria del 2021 e l'ordinanza in commento, spostando il *core* del rinvio pregiudiziale sull'effettività della direttiva e sul contrasto con la normativa nazionale. In secondo luogo, l'aver riconosciuto, già in sede di ordinanza di rinvio, che l'art. 12 in parola regola la materia vale, quantomeno, ad assopire le questioni relative all'art. 49 TFUE.

Dal portato motivazionale del rinvio, oggetto di quesito rivolto alla Corte di Giustizia non è se le concessioni balneari soggiacciono o meno alla direttiva servizi e al principio di concorrenza, piuttosto “quando” e “fino a che punto” la normativa europea possa scardinare l'impianto regolatorio italiano.

Il sopraggiungere di un regime pienamente concorrenziale è ventilato dalla stessa Sezione di Lecce, basti notare che essa si spinge sino al punto di affermare che la direttiva dovrebbe ritenersi priva di effetti diretti, salvo una responsabilità dello Stato italiano per mancato recepimento.

Se, pertanto, il rinvio verte eminentemente sull'applicabilità dell'art. 12 direttiva Bolkestein, occorre, innanzitutto, attribuire a quello stesso articolo l'interpretazione che del medesimo ha dato la Corte di Giustizia nel 2016, allorché è pervenuta alla statuizione di diritto per cui l'articolo 12 «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»^[47].

Se le cose dovessero stare nel modo che si è descritto, è da ritenere che talune questioni oggetto del rinvio siano state in parte esaurite dalla Plenaria^[48] e dalla richiamata giurisprudenza nazionale nel senso della disapplicazione: senza che ciò, ovviamente, impedisca un ulteriore chiarimento pregiudiziale della Corte di Giustizia.

Ad ogni buon conto, una scrupolosa disamina dell'ordinanza esige che essa sia letta sulla scorta di alcuni punti fermi enucleati dalle Istituzioni europee, appunto in forza della rilevanza dell'art. 12 direttiva Bolkestein: *in primis*, dalla Corte di Giustizia, ma anche dalla Commissione europea.

Cominciando proprio dalla Commissione – sebbene sia chiaro che le interpretazioni formulate da quest'ultima non abbiano la stessa autorevolezza e incisività di quelle della Corte di Giustizia – appare evidente, al fine delle questioni *de quibus*, la rilevanza degli approfondimenti di cui alla lettera di messa in mora del 2020.

Sinteticamente, la Commissione osserva^[49] che, qualora sia identificabile una disposizione di diritto derivato, essa prevale nell'applicazione concreta sul diritto dei Trattati, tanto che, nel caso di specie, l'esistere stesso dell'art. 12 della direttiva servizi confina l'art. 49 TFUE a disposizione di secondario interesse. La Commissione europea appura, inoltre, che «il capo III della direttiva sui servizi (quindi anche l'articolo 12 della medesima direttiva) si applica anche a situazioni puramente nazionali», con la conseguenza che un acclaramento dell'interesse transfrontaliero certo diviene irrilevante. Infine, la lettera di messa in mora precisa quanto si è già avuto la possibilità di osservare^[50] in altre sedi, nel senso della necessità di un esame *case by case* e a livello territoriale dell'eventuale legittimo affidamento e della potenziale scarsità della risorsa, sebbene la Commissione giunga alla conclusione per

cui «la legislazione nazionale in questione inevitabilmente riguard[a] concessioni aventi ad oggetto risorse che devono essere considerate scarse in base ai criteri stabiliti dall'articolo 12 della DS e specificati nella sentenza della CGUE»[51].

I rilievi della Commissione europea fanno da contraltare alle statuizioni della pronuncia *Promoimpresa* e di altra giurisprudenza della Corte di Giustizia. In tal senso, il giudice eurounitario, ha avuto modo nel 2018 di puntualizzare che «per quanto riguarda il contesto in cui si inserisce il capo III della direttiva 2006/123, l'articolo 2, paragrafo 1, di quest'ultima dispone, in termini generali, senza operare distinzioni tra le attività di servizio comprendenti un elemento di carattere estero e le attività di servizio prive di qualsiasi elemento di tal genere, che la direttiva in esame si applica ai “servizi forniti da prestatori stabiliti in uno Stato membro”»[52].

Dal canto suo, inoltre, la sentenza *Promoimpresa* aveva già assodato che «le questioni pregiudiziali, nella misura in cui vertono sull'interpretazione del diritto primario, si pongono solo nel caso in cui l'articolo 12 della direttiva 2006/123 non sia applicabile ai procedimenti principali, circostanza che spetta ai giudici del rinvio stabilire»[53], che «il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non nazionale bensì comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato»[54] e 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»[55].

Punti fermi dell'interpretazione tanto della Corte quanto della Commissione, dunque, sono: la preminenza dell'art. 12 della direttiva Bolkestein sull'art. 49 TFUE; la sua applicabilità anche a operatori meramente nazionali; la necessaria valutazione *case by case* dell'eventuale legittimo affidamento; l'accertamento a livello locale e nei singoli casi della scarsità della risorsa, peraltro con una forte presunzione che il litorale sia di per se stesso un bene scarso.

4. (Segue) L'incerto rapporto fra diritto nazionale e diritto dell'Unione: in particolare, la “direttiva servizi” recepita, ma *self-executing*

Dalla lettura dei passaggi riportati, tanto della Commissione europea, quanto soprattutto della Corte di Giustizia, deriva con chiarezza come parte dei quesiti pregiudiziali sollevati dal T.A.R. Puglia ponga interessanti questioni relativamente al rapporto fra ordinamenti degli Stati membri e Unione europea, collocandosi nel solco di un lungo dibattito scientifico e giurisprudenziale.

Segnatamente, è possibile osservare, in primo luogo, che ogni questione relativa all'art. 49 o all'interesse transfrontaliero certo sia d'interesse secondario, posto che la giurisprudenza nazionale – ivi compresa la stessa ordinanza di rinvio – ha riscontrato l'applicabilità di una disposizione di diritto derivato. Peraltro, come sopra osservato, la Corte di Giustizia ha chiarito che la direttiva servizi rileva anche nel caso di attività prive di «carattere estero»[56].

In secondo luogo, l'asserita invalidità – per violazione dell'art. 115 TFUE – della direttiva servizi in quanto direttiva di “armonizzazione” e non di “liberalizzazione” appare infondata, posto che tale presunzione troverebbe, nella ricostruzione del T.A.R., fondamento nel fatto che la pronuncia *Promoimpresa* avrebbe usato la locuzione “armonizzare” in riferimento alla direttiva n. 2006/123/CE.

Con maggior precisione, si è indotti a ritenere privo di fondamento questo specifico quesito per taluni motivi: non pare sufficiente a supportare l'invalidità una frase estrapolata da una sentenza della Corte di Giustizia che si stava pronunciando su altri temi^[57]; la questione appare del tutto peculiare e insolita, in un contesto di generale riconoscimento – anche da parte del legislatore italiano che l'ha ritualmente recepita – di validità alla direttiva Bolkestein; attenta dottrina ha da tempo chiarito la forte impronta liberalizzante e semplificante della direttiva in parola^[58]; dirimente sarebbe poi il dato che la direttiva servizi è stata approvata sulla scorta dell'allora vigente art. 251 del Trattato istitutivo della Comunità europea (cd. “procedura di codecisione”), il quale, a quanto consta, non richiede l'unanimità, e non, come invece sostiene la Sezione di Lecce, sull'art. 115 TFUE, entrato in vigore successivamente.

Per il vero, è da ritenersi che la questione sulla validità e, soprattutto, sull'efficacia della direttiva servizi sia stata semplicemente non sviluppata per intero dall'ordinanza di rinvio, in prospettiva della duplice constatazione per cui, la Sezione rinviante, da un lato, omette il richiamo alla nutrita giurisprudenza costituzionale in merito ai rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione e, dall'altro lato, non approfondisce il nesso sussistente fra legislazione interna e direttiva servizi.

È emblematico di quanto appena riportato come dalla lettura dell'ordinanza di rinvio risalti più volte il richiamo alla sola gerarchia^[59] quale criterio di risoluzione delle antinomie fra regole eurounitarie e quelle dello Stato membro, senza che sia fatta menzione della giurisprudenza *Granital* della Corte costituzionale^[60], la quale ha da tempo chiarito come ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano siano autonomi – sebbene fortemente integrati – e governati, di base, dal principio di competenza^[61], da cui deriva non l'annullamento^[62], bensì la disapplicazione della fonte interna discordante con quella dell'Unione europea e, semmai, un ricorso alla questione di legittimità costituzionale per eliminare quelle disposizioni interne contrastanti con direttive non recepite o non correttamente recepite^[63]. Sul punto, a quanto consta, non risultano orientamenti giurisprudenziali tali da scardinare^[64] l'assetto dei rapporti tra fonti stabilito dalla sentenza del 1984.

Nondimeno, il T.A.R. Lecce, come si è accennato, non s'interroga sul portato del d.lgs. n. 59/2010 di recepimento in Italia della direttiva servizi. Un richiamo al decreto, il cui esame è stato totalmente omesso anche dalle sentenze “gemelle” della Plenaria^[65], viene solo abbozzato dall'ordinanza nel momento in cui il Collegio ricorda che lo Stato italiano ha “formalmente recepito” la direttiva servizi, salvo non farne più alcuna menzione nel prosieguo delle motivazioni del rinvio.

Il rilievo è peculiare: il silenzio sul punto della Plenaria e del T.A.R. appare anomalo qualora si ricordi che il legislatore delegato ha letteralmente trasposto l'art. 12 della direttiva servizi nell'art. 16 del D.Lgs. n. 59/2010. Anomalo per il fatto che, con un articolato sforzo interpretativo – la Plenaria al fine di riconoscere l'effetto diretto, il T.A.R. Puglia al fine

opposto – i giudici amministrativi italiani disconoscono l’operato del legislatore, anche quando questi si è mosso nel senso del recepimento.

Ne, parimenti, dall’esame delle motivazioni della Plenaria e dell’ordinanza di rinvio è dato comprendere quale sia la ragione per cui, in ordine all’art. 12, sia necessario interrogarsi sull’effetto diretto, mentre una disamina dell’art. 16 possa essere omessa, anche, eventualmente, nel senso di promuovere una questione di legittimità costituzionale delle norme con esso contrastanti, sulla scorta dell’insegnamento delle citate sentenze *Grantital* e *Fratelli Costanzo*.

Considerazione quest’ultima che sembra trovare conforto nella più recente giurisprudenza *Popławski*[66], ove la Corte di Giustizia – nel ribadire il principio del primato, la disapplicazione in caso di fonti aventi effetto diretto e l’interpretazione conforme anche in caso di fonti prive di effetto diretto – chiarisce che «un giudice di uno Stato membro non è tenuto, sulla sola base del diritto dell’Unione, a disapplicare una disposizione del suo diritto nazionale contraria» a una direttiva[67]. Sembrerebbe, dunque, che nel caso in cui ci sia una normativa di recepimento il giudice nazionale debba tenerne conto: tanto che, proprio in riferimento alla direttiva servizi, la successiva pronuncia *Thelen Technopark Berlin GmbH* ha pienamente ribadito quanto enunciato nella sentenza *Popławski II*, precisando tuttavia che «un giudice nazionale non è tenuto, sulla sola base del diritto dell’Unione, a disapplicare una disposizione del suo diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell’Unione, qualora quest’ultima disposizione sia priva di efficacia diretta (sentenza del 24 giugno 2019, *Popławski*, C-573/17, EU:C:2019:530, punto 68), ferma restando tuttavia la possibilità, per tale giudice, nonché per qualsiasi autorità amministrativa nazionale competente, di disapplicare, sulla base del diritto interno, qualsiasi disposizione del diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell’Unione priva di tale efficacia»[68].

Invero, una spiegazione per il mancato esame del decreto italiano di recepimento parrebbe emergere da quell’etichetta di “formale” che il T.A.R. appunta sul D.Lgs. n. 59/2010. Se fossero davvero così – ma la convergenza della Plenaria e del T.A.R. lasciano presumere proprio questo – il ragionamento potrebbe destare alcune perplessità e condurre la giurisprudenza nazionale su una pericolosa china; quella di non attribuire il dovuto riguardo alla normativa di recepimento, senza peraltro siano chiarite le ragioni di siffatto indirizzo.

Dalla disamina dell’ordinanza e delle sentenze gemelle del 2021 – nonché, a quanto è dato sapere dalla dottrina – non emerge alcun motivo per cui, disapplicata la proroga legale, non possa trovare applicazione l’art. 16 del D.Lgs. n. 59/2010. Si tratterebbe, infatti, di dare prevalenza alla normativa interna conforme al diritto eurolunitario su quella con il medesimo non concordante. Inoltre, l’operazione garantirebbe una certa quale “economia interpretativa”, evitando lunghe digressioni sull’effetto diretto (e sulle sue conseguenze sui rapporti e sui provvedimenti).

Pertanto, alla luce delle considerazioni svolte sulla validità e sull’efficacia della direttiva servizi, è, quantomai, di elevato interesse scientifico, economico e sociale che il T.A.R. Puglia abbia riproposto la questione alla Corte di Giustizia, nella misura in cui sembra che non si sia ancora addivenuti ad un definitivo consolidamento fra fonti interne e fonti dell’Unione.

Infatti, parte dei quesiti è munita di sicura portata interpretativa: in particolar modo quelli, già esaminati, che concernono l’accertamento della scarsità della risorsa, nonché di

conseguenza il possibile legittimo affidamento ingeneratosi nel concessionario uscente. Infatti, tali interrogativi, come si è visto, si pongono in diretta consecuzione della sentenza *Promoimpresa*, nel senso di una verifica da operarsi nel singolo caso, a livello territoriale e in assenza di automatismi di qualsivoglia genere. Essi, inoltre, pongono le basi per un dialogo con l'Adunanza plenaria e con la Cassazione penale. Ne consegue che, al netto delle considerazioni che sono state esposte in proposito nelle pagine precedenti, sul punto non è irrilevante un chiarimento della Corte di Giustizia, quantomeno al fine di appurare se le valutazioni generalizzate effettuate dalla Plenaria rispondano a quanto richiesto al giudice nazionale dalla pronuncia *Promoimpresa*.

5. Cenni finali all'ordinanza di rinvio pregiudiziale e osservazioni conclusive

A conclusione della presente nota è possibile tratteggiare un bilancio delle argomentazioni elaborate dal T.A.R. Puglia, Sezione di Lecce, e, innanzitutto, osservare come esso proponga alla Corte di Giustizia la tesi dell'insussistenza dell'effetto diretto in disaccordo, sul punto, con le pronunce nomofilattiche.

Posto che non è in alcun modo precluso al giudice amministrativo sollevare questioni pregiudiziali anche in materie sondate in precedenza dall'Adunanza Plenaria, nel caso di specie appare si stia assistendo al proiettarsi a livello eurounitario di un contrasto giurisprudenziale prettamente interno al giudice amministrativo e, in larghissima misura, dovuto all'inerzia del legislatore statale a riordinare la materia.

Sembra, dunque, che il peculiare approccio alla regolazione delle concessioni balneari del legislatore italiano contribuisca ad assommare incertezza all'incertezza. Non a caso, mentre il legislatore fatica a riformare le concessioni a scopo turistico e ricreativo in aderenza alla direttiva servizi (*rectius* al d.lgs. n. 59/2010), anche l'Adunanza Plenaria, chiamata a dirimere l'annosa questione, avvalora interpretazioni sostanziali e processuali da più voci ritenute di dubbio portato^[69] – sebbene sia stata notata un'analogia con l'operato del *Conseil d'État*^[70] – e, da ultimo, il T.A.R. Puglia propone la tesi della legittimità delle proroghe legali, quantomeno sino ad un recepimento (si direbbe a questo punto “sostanziale”) della direttiva Bolkestein. Rilevante è, dunque, che la Corte di Giustizia sia stata invocata al fine di dirimere questi dubbi.

Infatti, vi è da chiedersi, in un contesto tanto variegato, quali conclusioni possano trarsi o, per meglio dire, quali conclusioni “debbano” trarsi se non altro a favore del consociato, dell'operatore economico e della stessa pubblica amministrazione che quelle regole sulle concessioni balneari devono applicare, esponendosi all'incertezza e, malauguratamente, alla responsabilità in sede penale^[71].

Una prima osservazione milita nel senso di ritenere che la Plenaria non abbia sfruttato appieno l'occasione fornita dal decreto presidenziale di remissione: essa avrebbe potuto evitare operazioni d'ingegneria giuridica – che tante perplessità hanno suscitato nella dottrina^[72] – e forse meglio avrebbe fatto ad usufruire direttamente del rimedio *ex art.* 267 TFUE rimettendo alla Corte di Giustizia le questioni più spinose: il merito sarebbe stato quello di avere un'interpretazione pregiudiziale immediatamente trasposta in una sentenza dell'Adunanza plenaria.

Una seconda osservazione, dalla quale deriva un forte temperamento della questione, risiede nella constatazione per cui nella prima metà del 2022 già tre Sezioni del Consiglio di Stato^[73] – in qualche maniera, seppure imperfetta, affiancate dalla Cassazione penale – si sono adeguate alla Plenaria, il T.A.R. Lazio^[74] ha escluso un rinvio pregiudiziale sulla stessa materia e la Corte costituzionale^[75] ha dichiarato l’inammissibilità di un ricorso per conflitto di poteri promosso avverso le sentenze gemelle. Rilievi tutti che, pur lasciando piena autonomia all’esame in sede pregiudiziale, non potranno non essere tenuti in adeguata considerazione da parte della Corte di Giustizia.

Una terza considerazione concerne, invece, i limiti dei quesiti sollevati dal Tribunale amministrativo giacché essi, concentrandosi in larghissima misura sulla possibile inefficacia della direttiva servizi, non si pongono il problema che la Corte di Giustizia sposi la tesi opposta, lasciando aperti taluni interrogativi che l’ordinanza avrebbe potuto sottoporre alla Corte medesima e che avrebbero garantito una migliore attuazione della direttiva.

Fra questi rientrano i temi dei cd. “effetti verticali invertiti” e del cd. “rapporto triangolare”, nella misura in cui un eventuale effetto diretto della direttiva Bolkestein si presterebbe ad applicazioni esorbitanti dai comuni “effetti orizzontali”. Come si è avuto modo di precisare in altra sede^[76], l’effetto diretto della direttiva servizi potrebbe essere invocato dall’amministrazione nei confronti del concessionario (caso dell’effetto verticale “invertito”), ovvero dall’aspirante affidatario, il quale potrebbe richiedere all’amministrazione di provvedere in merito alla decadenza dei titoli a detrimento dei concessionari in essere (caso del “rapporto triangolare”). Nessuna delle ipotesi menzionate è stata vagliata dalla Plenaria e dal T.A.R. Puglia: permane, ad ogni modo, la possibilità che la Corte faccia uso dei suoi poteri integrativi per esaminare anche queste non secondarie tematiche.

[1] T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, ordinanza 11 maggio 2022, n. 743.

[2] Legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”.

[3] Cons. Stato, Adunanza plenaria, sentenze nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, in www.giustizia-amministrativa.it.

[4] Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, reperibile in <https://eur-lex.europa.eu>.

[5] Numerosi sono i contributi di dottrina che si sono interessati al tema. Fra questi, si rammentano G. Bellitti, *La direttiva Bolkestein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 1, p. 60 ss.; L. Di Giovanni, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 3-4, p. 912 ss.

[6] CGUE, Sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa S.r.l. contro Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro*, in <https://eur-lex.europa.eu>, nonché in *Riv. giur. ed.*, 2016, 4, p. 385.

[7] Si avrà modo di approfondire questo aspetto nel prosieguo della presente nota.

[8] Il riferimento è, sia concesso, a M. Timo, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedurali e contenutistici delle concessioni balneari*, Torino, 2020, p. 128.

[9] Ordinanze del T.A.R. Lombardia del 5 marzo 2014 e del T.A.R. Sardegna del 28 gennaio 2015, come riportato in epigrafe dalla sentenza *Promoimpresa*, cit.

[10] D.Lgs. 26 marzo 2010, n. 59, recante “Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno”.

[11] Sul punto P. Otranto, *Illegittima proroga ex lege della concessione balneare e reato di “abusiva occupazione dello spazio demaniale”*. *Cronaca di un finale annunciato (nota a Cass. pen. 22 aprile 2022 n. 15676)*, in questa *Rivista*, 27 aprile 2022.

[12] Si è già avuto modo di osservare in altra sede che «a quanto consta, il Consiglio di Stato ha consolidato il menzionato indirizzo, il T.A.R. Puglia, Lecce – seguito da una parte minoritaria dei Tribunali Amministrativi –, si è fatto promotore di un’interpretazione divergente che, traendo fondamento dalla presunta carenza di effetti diretti scaturenti dalla direttiva servizi, ha escluso la disapplicazione delle disposizioni nazionali» (M. Timo, *Concessioni balneari senza gara... all’ultima spiaggia*, in *Riv. giur. ed.*, 2021, 5, p. 1599): il riferimento è a T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 15 gennaio 2021, n. 73, e a T.A.R. Toscana, 9 novembre 2020, n. 1377, entrambi in www.giustizia-amministrativa.it.

[13] Su questo aspetto si veda oltre al § 4.

[14] CGUE, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, cit.

[15] Cfr., *infra*, al § 2.

[16] *Infra*, al § 3.

[17] Cons. Stato, Adunanza plenaria, nn. 17 e 18 del 2021, cit.

[18] Cons. Stato, Sez. VII, 17 maggio 2022, n. 3901, in www.giustizia-amministrativa.it.

[19] CGARS, Sez. giuri., 24 gennaio 2022, n. 116, in www.giustizia-amministrativa.it.

[20] Fra le molte, Corte cost., 9 gennaio 2019, n. 1, in www.cortecostituzionale.it, annotata da P.M. Vipiana, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo fra leggi statali e leggi regionali*, in *Dir. mar.*, 2020, 2, p. 440 ss. Cfr. anche A. Lucarelli, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria “giuridica” dei beni comuni*, in <http://dirittifondamentali.it>, n. 1/2019. Si veda anche Corte cost., 23 luglio 2020, n. 161, con commento di M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 4, p. 1069 ss.

[21] Si veda il comunicato stampa del 25 maggio 2022, *Concessioni balneari: inammissibile il conflitto proposto da sette deputati*, in www.cortecostituzionale.it, ove si afferma che «In attesa del deposito della pronuncia, l’Ufficio comunicazione e stampa della Corte fa sapere che il conflitto è stato ritenuto inammissibile per difetto di legittimazione dei ricorrenti a far valere prerogative non loro, ma della Camera di appartenenza».

[22] Cfr., E. Verdolini, *Concessioni balneari: è giunto il tempo per una riforma?*, in www.eublog.eu, 18 maggio 2022.

[23] Sul punto si rinvia all’attenta riflessione di F. Francario, *Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (recensione al fascicolo monotematico dalla Rivista Diritto e Società n. 3/2021 “La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria”)*, in questa *Rivista*, 28 gennaio 2022.

[24] Tanto della prima quanto della seconda procedura d’infrazione: osservazioni che, per inciso, sono alla base dell’ormai decennale disputa giuridica sulle concessioni balneari.

[25] Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, in www.cortecostituzionale.it.

[26] In materia di condizioni di ricevibilità del rinvio pregiudiziale, si rinvia all’attenta ricostruzione di L. Terminiello, *Le condizioni oggettive di ricevibilità del rinvio pregiudiziale*, in F. Ferraro - C. Iannone (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 59 ss., in particolare p. 62 e p. 64 ss. (e la giurisprudenza della Corte ivi menzionata) circa la “necessità” dei quesiti e la chiarezza della ricostruzione, da parte del giudice nazionale, delle circostanze fattuali e della regolazione giuridica. A titolo esemplificativo, CGUE, ordinanza 17 luglio 2014, resa nella causa C-107/14, in www.curia.europa.eu, in tema di onere motivazionale relativo alle risultanze che hanno indotto il giudice nazionale a sollevare un nuovo rinvio su materia che era già stata oggetto di uno precedente: benché i quesiti di cui a un rinvio «possano essere più agevolmente soddisfatti quando la domanda di pronuncia pregiudiziale si inserisce in un contesto già ampiamente noto a causa di un precedente rinvio pregiudiziale (v., in tal senso, sentenza Europièces, C-399/96, EU:C:1998:532, punto 24), spetta tuttavia al giudice del rinvio fornire un minimo di spiegazioni sul quadro in fatto e in diritto, nonché sulle ragioni che l’hanno indotto a sottoporre una nuova questione pregiudiziale».

[27] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 11 maggio 2022, n. 5869, in www.giustizia-amministrativa.it.

[28] Diversamente, T.A.R. Marche, Sez. I, ordinanza 25 luglio 2022, n. 439, in www.giustizia-amministrativa.it, ha deciso di sospendere il giudizio in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia.

[29] Sia, sul punto, consentito il richiamo a M. Timo, *Concessioni balneari senza gara... all'ultima spiaggia*, cit., p. 1609.

[30] Si richiama, in particolare modo, la ricostruzione di M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e società*, 2021, 3, p. 331 ss.

[31] Ordinanza in rassegna, punto II – *Il contesto normativo di riferimento*.

[32] Il richiamo è a F. Ferraro, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria?*, in *Diritto e società*, cit., p. 368, il quale, in recente e approfondito scritto, ha osservato che «Non vi è dubbio che la previsione contenuta nell'art. 12 della direttiva risulta provvista di efficacia diretta, in quanto chiara, precisa e suscettibile di applicazione immediata, in particolare, nella parte in cui impone l'obbligo negativo di non prorogare le concessioni demaniali. Al contempo, non rileva che il d.lgs. n. 59 del 2010 abbia formalmente recepito la direttiva servizi, atteso che le successive norme di legge hanno disatteso l'obbligo di non prorogare le concessioni imposto da tale atto dell'Unione».

[33] Ordinanza in rassegna, punto IV - *Premesse di ordine generale: gerarchia delle fonti e direttive self-executing*, nell'affermare che «Nel caso di conflitto tra due norme, una nazionale ed una unionale, se entrambe idonee a disciplinare la medesima fattispecie, l'interprete non può che fare riferimento alla scala di gerarchia delle fonti del diritto nell'ambito dell'ordinamento giuridico così come etero-integrato dalla normativa dell'Unione europea. La scala di gerarchia delle fonti del diritto vede al primo posto la Costituzione e le leggi costituzionali, seguite nell'ordine dalle norme unionali immediatamente efficaci ed applicabili (come i Regolamenti), dalle leggi nazionali ordinarie, dalle Direttive U.E., dai regolamenti nazionali, ecc. Ciò costituisce per l'interprete una assoluta priorità logica per la soluzione della questione proposta. Occorre in particolare stabilire l'esatta collocazione delle direttive (autoesecutive e non) all'interno del sistema di gerarchia delle fonti».

[34] Primo quesito di cui all'ordinanza in rassegna.

[35] Reperibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu>.

[36] Quesiti da due a quattro, ordinanza in parola.

[37] Sesto quesito.

[38] Quesiti settimo e ottavo.

[39] Quesito nono, corsivo nel testo dell'ordinanza.

[40] Si vedano, in generale, le considerazioni di V. Caputi Jambrenghi, *L'interesse pubblico nelle concessioni demaniali marittime*, in D. Granara (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti in fronte al mare*, Torino, 2019, p. 68 ss.

[41] Testualmente, l'ordinanza di rinvio, afferma che «Sotto il primo profilo deve rilevarsi che, viceversa, nella giurisprudenza nazionale il tema dell'auto-esecutività della direttiva 2006/123 non è mai stato affrontato specificamente, atteso che nelle varie pronunce dei giudici amministrativi nazionali la natura auto-esecutiva o meno della direttiva è stata data per scontata sia in senso affermativo, sia in senso negativo, in assenza comunque di alcuno specifico approfondimento. Ed invero, accanto a pronunce che hanno semplicemente dato per scontata e presupposta la natura auto-esecutiva, ricorrono altre sentenze di segno diametralmente opposto, così ad esempio in Consiglio di Stato sentenza Sez. VI 27.12.2012 n. 6682».

[42] In proposito si vedano la nota successiva, nonché Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874, in *Foro it.*, 2020, III, 82, con nota di richiami a cura di A. Travi.

[43] Oltre alle già richiamate T.A.R. Lazio, Roma, n. 5869/2022; CGARS, n. 116/2022; Cons. Stato, n. 3901/2022; è possibile ricordare la recente pronuncia Cons. Stato, Sez. VII, 18 maggio 2022, n. 3918, in www.giustizia-amministrativa.it, nella parte in cui afferma che «preliminarmente il collegio osserva che l'appellante non può invocare il comma 682 della legge n° 145 del 2018 con riferimento alla proroga ex lege delle concessioni demaniali le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative - compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, D.L. n. 34 del 2020, convertito in L. n. 77 del 2020 - sono in contrasto con il diritto eurounitario,

segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, devono essere disapplicate sia dai giudici che dalla pubblica amministrazione (così Consiglio di Stato Adunanza Plenaria n° 18 del 9 novembre 2021)».

[44] M. Timo, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia*, cit., p. 177.

[45] *Ibidem*, p. 179. Le pronunce cui ci si riferisce sono: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 5 maggio 2017, n. 557, confermata in appello dalla Sezione Quinta del Consiglio di Stato (sentenza n. 2960 del 17 maggio 2018); T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 27 aprile 2017, n. 959 (confermata in appello da Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1219); Cons. Stato, Sez. VI, 13 aprile 2017, n. 1763 (nonché Cons. Stato, Sez. VI, 10 aprile 2017, n. 1659, 1658, 1654, 1653 e 1652); Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1368; Cons. Stato 17 luglio 2020, n. 4610, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[46] Ordinanza in rassegna, *cit.*

[47] Pronuncia *Promoimpresa*, cit., § 75.

[48] Per l'esame esaustivo della quale si rinvia al menzionato numero monografico di *Diritto e società*, 2021, 3.

[49] In particolare, lettera di messa in mora, cit., p. 8.

[50] Sia concesso, nuovamente, il richiamo a M. Timo, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia*, cit., p. 172 ss.

[51] La lettera di messa in mora integralmente afferma che «A questo proposito la Commissione osserva che la legislazione nazionale oggetto di questa lettera di costituzione in mora è generalmente applicabile a tutte le concessioni balneari in Italia. Questo è particolarmente evidente nelle disposizioni contenute nell'articolo 1, comma 18, del decreto-legge n. 194/2009, nell'articolo 24, comma 3-*septies* del decreto-legge n. 113/2016 e nelle proroghe di cui all'articolo 1, commi 682 e 683, della legge di bilancio, ulteriormente estese dall'articolo 100 del decreto-legge n. 104/2020 al fine di ricomprendervi, tra l'altro, le concessioni lacuali e fluviali nonché quelle per la nautica da diporto. Queste disposizioni sono di natura generale e assoluta e non tengono conto né delle specificità locali (ad esempio non vi è alcuna disposizione che limiti tali proroghe alle zone in cui le risorse non sono limitate) né di eventuali valutazioni effettuate nel contesto delle attività di mappatura e di revisione svolte a norma dei commi 677 e 678 della legge di bilancio. La Commissione ritiene pertanto che la legislazione nazionale in questione inevitabilmente riguardi concessioni aventi ad oggetto risorse che devono essere considerate scarse in base ai criteri stabiliti dall'articolo 12 della DS e specificati nella sentenza della CGUE» (p. 8).

[52] CGUE 30 gennaio 2018, *Visser Vastgoed Beleggingen*, cause riunite C-360/15 e C-31/16, § 100, in www.curia.europa.eu. Con maggior precisione ai § 98 e 99, la Corte statuisce che con «la sua quarta questione, alla quale occorre rispondere in secondo luogo, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123, relativo alla libertà di stabilimento dei prestatori, si applichino a una situazione i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro. A tale riguardo, occorre anzitutto rilevare che il tenore letterale di dette disposizioni non enuncia alcuna condizione relativa alla sussistenza di un elemento di carattere estero. In particolare, l'articolo 9, paragrafo 1, l'articolo 14 e l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2006/123, che vertono, rispettivamente, sui regimi di autorizzazione, sui requisiti vietati e sui requisiti da valutare, non fanno riferimento ad alcun aspetto transfrontaliero».

[53] Pronuncia *Promoimpresa*, cit., § 62.

[54] Pronuncia *Promoimpresa*, cit., § 43.

[55] *Ibidem*, § 56.

[56] CGUE, *Visser Vastgoed Beleggingen*, cit., § 100.

[57] Si tratta appunto della *Promoimpresa* la quale, a quanto si ha modo di comprendere, non ha preso in specifica considerazione il tema della validità della direttiva servizi.

[58] 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.-T.A.R.*, 2011, 9, p. 2978 ss.

[59] Cfr., in questa nota, al § 2.

[60] In tal senso, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 170 del 1984, ha osservato, in merito ai rapporti fra ordinamento dell'Unione e ordinamento italiano, che «i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato. [...] Invero, l'accoglimento di tale principio, come si è costantemente delineato nella giurisprudenza della Corte, presuppone che la fonte comunitaria appartenga ad altro ordinamento, diverso da quello statale. Le norme da essa derivanti vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne: e se così è, esse non possono, a rigor di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento. [...] l'ordinamento della CEE e quello dello Stato, pur distinti ed autonomi, sono, come esige il Trattato di Roma, necessariamente coordinati; il coordinamento discende, a sua volta, dall'aver la legge di esecuzione del Trattato trasferito agli organi comunitari, in conformità dell'art. 11 Cost., le competenze che questi esercitano, beninteso nelle materie loro riservate» e che «l'effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. In ogni caso, il fenomeno in parola va distinto dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all'interno dello stesso ordinamento statale, e ad opera delle sue fonti. Del resto, la norma interna contraria al diritto comunitario non risulta - è stato detto nella sentenza n. 232/75, e va anche qui ribadito - nemmeno affetta da alcuna nullità, che possa essere accertata e dichiarata dal giudice ordinario». Peraltro, il punto risulta approfondito dalla nota sentenza *Fratelli Costanzo* della Corte di Giustizia (CGCE 22 giugno 1989, C-103/88, in *eur-lex.europa.eu*), ove si è chiarito che: «nelle sentenze 19 gennaio 1982 (Becker, causa 8/81, Race, pag. 53, in particolare pag. 71) e 26 febbraio 1986 (Marshall, causa 152/84, Race, pag. 737, in particolare pag. 748), la Corte abbia considerato che in tutti i casi in cui alcune disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale sia che l'abbia recepita in modo inadeguato»: nel caso di specie, il recepimento del 2010 è stato corretto, permangono però talune disposizioni interne precedenti e successive contrastanti, le quali sono destinate a prevalere o per la via della disapplicazione o semmai per la via della questione di legittimità, ma non certo a soccombere sulla scorta di un'asserita prevalenza gerarchica delle fonti primarie interne sulle direttive prive di effetti diretti.

[61] Si veda sul punto, la ricostruzione di F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Milano, 2015, p. 98 ss.

[62] Come, peraltro, dovrebbe essere qualora si applicasse il criterio gerarchico: sul punto, *ex multis*, cfr. R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto pubblico*, XVIII edizione, Torino, 2020, p. 302 ss. Più in generale, P. Vipiana, *Le fonti del diritto*, in S. Baroncelli - A. Morelli - G. Moschella - M. Tiberii - P.M. Vipiana - P. Vipiana, *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, 2021, p. 97 ss.

[63] Qui cfr. sentenza *Fratelli Costanzo*, cit., supra nota 59.

[64] È noto che, recentemente, un *obiter dictum* della stessa Corte costituzionale (sent. n. 269/2017, cit.) abbia sollevato taluni interrogativi sulla piena operatività dei principi statuiti con la sentenza n. 170/1984, cit.: tuttavia, successive pronunce paiono aver fortemente limitato le possibili conseguenze della sentenza n. 269/2017, avvalorando l'attualità della pronuncia *Granital*. Per un esame approfondito della questione si richiama la dottrina che ha avuto modo di meglio studiare il tema e, in particolare, C. Caruso, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in questa *Rivista*, 19 ottobre 2020, e N. Lupo, *La Corte costituzionale nel sistema «a rete» di tutela dei diritti in Europa, tra alti e bassi*, in *Amministrazione in cammino*, 27 marzo 2020.

[65] Cfr. M. Timo, *Concessioni balneari senza gara... all'ultima spiaggia*, cit.

[66] Con precisione, CGUE, 24 giugno 2019, C-573/17, *Popławski II*, in *eur-lex.europa.eu*.

[67] Nel caso di specie si trattava di una decisione quadro, ma il ragionamento è esteso dalla Corte di Giustizia alle direttive: cfr., CGUE, sentenza *Popławski II*, cit., § 53 ss.

[68] CGUE, 18 gennaio 2022, C-261/20, *Thelen Technopark Berlin GmbH*, in *eur-lex.europa.eu*, § 33. Sul punto L.S. Rossi, «Un dialogo da giudice a giudice», in *Quaderni_AISDUE*, 23 maggio 2022, p. 68.

[69] M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle «concessioni balneari» alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit., e F. Francario, *Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (recensione al fascicolo mon tematico dalla Rivista Diritto e Società n. 3/2021 «La proroga delle «concessioni balneari» alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria»)*, cit.

[70] L.S. Rossi, *op. cit.*, p. 66.

[71] P. Otranto, *op. cit.*

[72] Quali la modulazione degli effetti caducatori sulle concessioni in essere e l'accertamento generalizzato dell'interesse transfrontaliero certo.

[73] Cons. Stato, n. 3901/2022, *cit.*; Cons. Stato, 3918/2022, *cit.*; CGARS, n. 116/2022, *cit.*

[74] T.A.R. Lazio, Roma, n. 5869/2022, *cit.*

[75] Comunicato stampa del 25 maggio 2022, *Concessioni balneari: inammissibile il conflitto proposto da sette deputati*, *cit.*

[76] M. Timo, *Concessioni balneari senza gara... all'ultima spiaggia*, *cit.*, p. 1620.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2199 – 23 febbraio 2022

Legittimazione passiva nell'azione di condanna al risarcimento dei danni arrecati da un'ordinanza contingibile e urgente adottata dal Sindaco quale ufficiale del Governo (nota a Cons. Stato, sez. II, 20 dicembre 2021, n. 8438).

di Michele Trimarchi

1. La sentenza in commento affronta il tema della legittimazione passiva rispetto all'azione di condanna al risarcimento dei danni arrecati da un'ordinanza contingibile e urgente adottata dal Sindaco quale ufficiale del Governo (art. 54 d.lgs.18 agosto 2000, n. 267, Testo unico enti locali, d'ora in avanti "TUEL").

La questione controversa è se la legittimazione passiva spetti al Comune, quale amministrazione in cui il Sindaco è incardinato, oppure allo Stato, visto che il Sindaco agisce quale ufficiale del Governo.

Nel caso di specie la domanda risarcitoria era stata intentata nei confronti del Comune ed era stata dichiarata inammissibile dal T.A.R. in ragione dell'orientamento giurisprudenziale prevalente alla cui stregua la legittimazione passiva spetta al Comune se col ricorso è chiesto l'annullamento dell'ordinanza, mentre spetta al Ministero dell'interno se è formulata richiesta risarcitoria.

Il Consiglio di Stato nella sentenza in commento aderisce alla posizione del T.A.R. richiamando la massima giurisprudenziale secondo cui, "affinché lo Stato non venga chiamato a rispondere dei danni senza aver potuto tempestivamente difendersi [...], è applicabile il principio che lo Stato (e non il Comune) sia l'unico soggetto legittimato passivo all'azione risarcitoria proposta per il ristoro dei danni derivanti dall'esecuzione delle ordinanze contingibili e urgenti adottate dal Sindaco"^[1].

In altre parole, secondo la giurisprudenza richiamata adesivamente dalla sentenza in commento, la legittimazione passiva deve essere attribuita allo Stato in quanto, se legittimato passivo fosse il Comune, il primo potrebbe essere chiamato ad un esborso di danaro a titolo risarcitorio senza aver potuto contraddire in giudizio rispetto alla domanda di condanna.

La sentenza in commento adduce anche una giustificazione di carattere teorico della soluzione prescelta, richiamando l'orientamento della Corte di Cassazione secondo cui "il potere di ordinanza spettante al Sindaco per l'emanazione dei provvedimenti contingibili e urgenti a fini di pubblico interesse appartiene allo Stato, ancorché nel provvedimento siano coinvolti interessi locali, poiché il Sindaco agisce quale ufficiale del Governo"^[2].

2. L'appartenenza del potere di ordinanza allo Stato, affermata a sostegno della legittimazione passiva dello stesso nei confronti della richiesta risarcitoria, costituisce un argomento non facilmente conciliabile con l'altro, al quale la giurisprudenza (e anche la sentenza in commento) ricorre per affermare che la legittimazione passiva spetta invece al Comune se con il ricorso è domandato l'annullamento dell'ordinanza adottata dal Sindaco nella qualità di ufficiale del Governo.

Per questa ipotesi, infatti, si ripete che la legittimazione passiva è del Comune, in quanto "l'imputazione giuridica allo Stato degli effetti dell'atto dell'organo del Comune ha una natura meramente formale, nel senso che non per questo il Sindaco diventa organo di un'amministrazione dello Stato, ma resta incardinato nel complesso organizzativo dell'ente locale, senza che il suo status sia modificato"^[3].

Ora, delle due l'una: o il potere appartiene allo Stato, nel qual caso il Sindaco che adotta l'ordinanza nella veste di ufficiale del Governo agisce quale organo dello Stato medesimo; oppure il Sindaco agisce quale organo dell'amministrazione in cui è incardinato, nel qual caso il potere di ordinanza appartiene al Comune. Se, come sembra, l'un modello esclude l'altro, allora non è coerente ragionare in termini di appartenenza del potere allo Stato allorché sia proposta la domanda risarcitoria e in termini di mera imputazione formale dell'atto sindacale allo Stato allorché sia proposta domanda di annullamento.

Per quanto ora detto, la questione della legittimazione passiva dovrebbe trovare una risposta unitaria, indipendentemente dal tipo di azione esperita dal ricorrente. O si accetta l'idea che il titolare del potere è lo Stato, sicché il Sindaco quale ufficiale del Governo agisce come organo dello Stato, e si conclude che legittimata passiva è sempre e comunque l'amministrazione centrale. Oppure si accede alla tesi che il Sindaco, anche quando agisce nella veste di ufficiale del Governo, è organo del Comune, quest'ultimo titolare del potere, e si conclude che la legittimazione passiva è sempre in capo all'ente locale.

Nella soluzione dell'alternativa così prospettata andrebbe svalutato un profilo che pare invece tenuto in grande considerazione dalla giurisprudenza, ovvero il fatto che il Sindaco è sempre e comunque incardinato nell'amministrazione comunale, anche quando agisce come ufficiale del Governo^[4]. Questo dato, in sé ovvio, non appare decisivo perché "l'incardinazione" attiene all'aspetto statico-morfologico dell'organizzazione amministrativa, mentre l'immedesimazione organica attiene al diverso profilo dell'imputazione degli effetti e degli atti^[5].

3. Non è questa la sede per approfondimenti e per prendere posizione a favore dell'uno o dell'altro modello sul piano teorico. La sentenza in commento, del resto, suggerisce una chiave di lettura realistica delle ragioni che attualmente si frappongono al raggiungimento della auspicabile soluzione unitaria del problema della legittimazione passiva.

Osserva il Consiglio di Stato che la scelta del legislatore di valorizzare sempre di più il potere di ordinanza dei Sindaci ha finito per generare un quadro normativo caratterizzato da non poche sovrapposizioni tra il potere di ordinanza di cui il Sindaco è titolare quale organo di vertice dell'amministrazione locale (art. 50 TUEL) e quello di cui è titolare quale ufficiale del Governo (art. 54): sicché i confini tra i due tipi di ordinanza "non sempre si palesano di immediata percepibilità, stante che un contesto di pericolo può attingere a vari fattori causali e minacciare plurimi interessi pubblici" (ad esempio, il disturbo della "vivibilità cittadina" legittima l'adozione di un'ordinanza del Sindaco quale rappresentante della comunità locale, ex art. 50 TUEL, ma può al contempo costituire un attentato alla "sicurezza urbana", per la cui tutela è prevista l'adozione di ordinanze da parte del Sindaco quale ufficiale del Governo, ex art. 54 TUEL. O ancora: il rumore causato da una attività produttiva all'interno del centro urbano può legittimare l'adozione di un'ordinanza ex art. 50, comma 5, laddove è fatto riferimento alla tutela del riposo e della tranquillità dei residenti, ma al tempo stesso può giustificare l'adozione di una ordinanza da parte del Sindaco nella veste di ufficiale del Governo, visto che l'art. 54, comma 6, fa riferimento ad esigenze di tutela dall'inquinamento acustico).

Prosegue la sentenza: "la descritta esistenza di zone chiaroscurali, all'interno delle quali le esigenze di tutela possono anche sovrapporsi, giustifica ed esplicita la necessità di dare rilievo comunque alla riferibilità formale dell'atto al Sindaco che lo adotta, a prescindere dalla veste utilizzata, non venendo mai meno la sua posizione di soggetto incardinato nel complesso organizzativo dell'ente locale, dei cui uffici si avvale per l'istruttoria [...]".

Il Consiglio di Stato lascia così intendere che la legittimazione passiva del Comune rispetto all'azione di annullamento trova la sua giustificazione pratica nella opportunità di semplificare l'accesso alla tutela del soggetto leso, il quale, pur a fronte di un quadro normativo frastagliato, al cui interno il potere di ordinanza assume diverse manifestazioni, ha la garanzia di poter invocare in giudizio sempre e comunque il Comune come legittimato passivo rispetto all'impugnazione.

Se ciò è vero, analoghe esigenze di certezza giuridica potrebbero essere validamente adottate per attribuire la legittimazione passiva al Comune anche quando l'azione proposta non è di annullamento, bensì di condanna al risarcimento dei danni prodotti dall'esecuzione dell'ordinanza contingibile e urgente.

Più a fondo, le considerazioni critiche del Consiglio di Stato sulla interferenza dei due poteri dovrebbero suggerire un intervento legislativo di riordino della materia, idoneo a tracciare una linea di confine chiara e definita tra i presupposti e le finalità delle ordinanze che il Sindaco può adottare come ufficiale del Governo e quelle che può adottare come rappresentate della comunità locale.

In un simile scenario la preoccupazione manifestata dalla sentenza in commento non avrebbe più ragion d'essere e il tema della legittimazione passiva nei giudizi contro le ordinanze adottate dal Sindaco quale ufficiale del Governo potrebbe essere impostato in modo sistematicamente più corretto.

In particolare, se è vero che in questa veste il Sindaco esercita un potere che è di appartenenza statale, tanto da essere sottoposto ad eventuali atti di indirizzo del Ministro degli interni (art. 54, comma 12) e, comunque, al coordinamento e al controllo prefettizio (art. 54, commi 4 ult. periodo, 5, 9 e 11), si potrebbe finalmente riconoscere a tutti gli effetti che il Sindaco agisce come organo dello Stato, con la conseguenza che la legittimazione passiva dell'amministrazione statale non è limitata al caso in cui sia proposta azione risarcitoria.

4. Auspicato il riordino della materia da parte del legislatore, riordino che potrebbe favorire una soluzione unitaria della problema della legittimazione passiva nel contenzioso contro le ordinanze sindacali adottate quale ufficiale del Governo, allo stato si deve certamente convenire con quanto la sentenza in commento rileva a proposito della tesi prospettata dalla ricorrente, secondo cui se la richiesta risarcitoria accede a quella demolitoria, come nel caso di specie, la prima andrebbe attratta alle regole procedurali che connotano la seconda, sicché sussisterebbe la sola legittimazione passiva della amministrazione comunale.

La tesi non può essere accolta in quanto l'azione di annullamento e quella risarcitoria sono diverse per *causa petendi e petitum*, nonché in considerazione dell'autonomia dell'azione risarcitoria da quella di annullamento guadagnata col superamento della pregiudiziale amministrativa. Questi due elementi, argomenta condivisibilmente il Consiglio di Stato, impediscono di ravviare tra le due azioni l'invocato rapporto di accessorietà che giustifica l'estensione del regime della legittimazione passiva nell'azione impugnatoria a quella risarcitoria.

La conseguenza è che l'azione risarcitoria proposta nei confronti del Comune per i danni arrecati dall'esecuzione di un'ordinanza contingibile e urgente adottata dal Sindaco nella veste di ufficiale del Governo è inammissibile. Né può essere invocato utilmente l'art. 27 c.p.a. sull'integrazione del contraddittorio, in quanto il soggetto pretermesso, cioè lo Stato, non è un controinteressato beneficiario dell'atto illegittimo, bensì un'amministrazione resistente, legittimata passiva dell'azione di condanna al risarcimento dei danni.

[1] Ex multis T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 30 maggio 2017, n. 2902; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, n. 618 del 2021; T.A.R. Sardegna, sez. I, 4 maggio 2018, n. 406, cui *adde* Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 2018, n. 866, che sembra limitare la legittimazione passiva dello Stato al caso in cui l'interesse perseguito dall'ordinanza sindacale sia "*di portata nazionale e non meramente locale*".

[2] Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2019, n. 5970; Cass. civ., sez. I, 6 agosto 2014, n. 17715, secondo cui «*dei danni derivanti dall'esercizio di tale potere risponde lo stato*», nella specie, in conseguenza della requisizione di alloggi a favore di nuclei familiari di senzatetto per ragioni di grave necessità pubblica); Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2002, n. 11356; Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 1999, nn. 182 e 183.

[3] Cons. Stato, sez. IV, 29 aprile 2014 n. 2221; Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2010, n. 4529; Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2008, n. 4448.

[4] *Ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 29 aprile 2014, n. 2221.

[5] Sull'imputazione degli atti e dei loro effetti, da parte dell'organo (centro attivo) al soggetto giuridico (centro passivo), si vedano, per tutti, A. Falzea, *Capacità*, cit., 31 ss.; M. S. Giannini, *Organi* (teoria gen.), in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, *ad vocem*; F.G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit., in L. Mazzaroli – G. Pericu – A. Romano – F.A. Roversi Monaco – F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 492 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2261 – 4 maggio 2022

Per un inquadramento di sistema della disciplina dell'art. 42 bis DPR n. 327/2001 alla luce della giurisprudenza costituzionale e del giudice amministrativo*

di Giuseppe Tropea

1. Un criterio sistematico per inquadrare le persistenti criticità in tema di acquisizione sanante può essere quello che parta dal lungo periodo per giungere all'accavallarsi più recente fra impostazione funzionalista e proprietaria nel giro di pochi anni[1].

Nell'espropriazione per p.u. sono presenti, sin dall'origine, due profili[2]: strutturale, attinente al trasferimento di proprietà alla p.a.; funzionale, ovvero volto alla realizzazione dell'interesse pubblico. Il primo aspetto risolve un problema di appartenenza (norme di relazione); il secondo aspetto risolve un problema di attuazione dell'interesse pubblico (norme di azione).

Corollari di tale inquadramento di larga massima, sono, sotto il profilo sostanziale l'esaltazione dei valori della certezza e della garanzia, la centralità delle forme di apprensione del bene. Nel secondo profilo, invece, le forme sono secondarie, in quanto volte a tutelare l'interesse pubblico. Quanto al corollario processuale della distinzione di cui sopra, il giudice dell'appartenenza è notoriamente il g.o., quello dell'interesse pubblico è il g.a. Ovviamente in questa sede semplifico, forse sin troppo, un tema che è stato capo delle tempeste di tutto l'ambito spinosissimo del riparto, basti pensare all'annoso scontro tra Corti sull'ampiezza della nozione di carenza di potere (in astratto o in concreto).

Nella versione originaria dell'istituto espropriativo il profilo strutturale è centrale, anche se rileva pure l'interesse pubblico, sia *ab initio* (d.p.u.) che ad espropriazione compiuta (retrocessione in caso di mancata realizzazione dell'interesse pubblico). In seguito, si accentua progressivamente l'accezione funzionalista[3], in cui prevale il pubblico interesse e risultano meno garantite certezza e forme. Ciò è legato alle tendenze metodologiche

funzionaliste degli anni '70[4] ed alla esaltazione del valore conformativo della «funzione sociale» rispetto alla proprietà privata (art. 42 Cost.), sempre più “terribile diritto”[5].

L’assetto funzionalista trova quindi conferma nell’impianto del t.u. espropriazioni del 2001 (d.P.R. n. 327/2001), ma si scontra col “rinascimento proprietario”[6] derivante dalla giurisprudenza Corte Edu degli anni 2000[7], poi proseguito dalla Consulta, che si caratterizza essenzialmente per: istanze indennitarie agganciate al valore di mercato del bene; esigenze di garanzia stabilità e prevedibilità, anche nella giurisprudenza (principio di legalità intesa come prevedibilità, non solo della disposizione ma anche della giurisprudenza); lotta alle cd. espropriazioni “larvate”.

In un primo momento è la Cassazione ad apparire più legata al dogma funzionalista mentre il g.a. appare più filo-proprietario e in linea con la Cedu. Più di recente, come si dirà, le parti sembrano essersi invertite, specie dopo le due sentenze della Corte costituzionale che hanno fatto i conti prima con l’art. 43 poi con l’art. 42-bis del t.u. espropriazioni.

L’impostazione della Cassazione in tema di accessione invertita, risalente a un notissimo arresto del 1983, non muta dopo le sentenze Corte Edu dei primi del 2000. Si ritiene che l’occupazione acquisitiva non costituisca violazione della Cedu, in quanto l’interpretazione giurisprudenziale è divenuta costante, soddisfacendo il requisito della “prevedibilità” richiesto dalla Corte Edu a supporto del principio di legalità[8]. Ma la Corte Edu continua ad essere contraria[9]. E così pure la giurisprudenza amministrativa[10].

Sono dell’avviso che sia possibile adottare due chiavi di lettura per cogliere questi residui profili di criticità. Quella sostanziale: del rapporto fra istituti di diritto privato e loro declinazione in senso speciale-pubblicistico (es. usucapione, rinuncia abdicativa, etc.). Quella processuale: dell’acquisizione sanante come problema anche – se non soprattutto ormai – di diritto processuale e di tutele[11] (es. tema del riparto di giurisdizione, tema delle tutele e dei poteri del commissario ad acta, tema dei limiti oggettivi del giudicato).

Sviluppando questi due profili indagherò la giurisprudenza costituzionale e amministrativa degli ultimi anni in tema di acquisizione sanante.

2. Già dopo Corte cost. n. 293/2010 che ha dichiarato incostituzionale per eccesso di delega l’art. 43 t.u. espropriazioni, vi è stata una fase giurisprudenziale di passaggio con ricostruzioni funzionalizzanti del g.a., volte a colmare il vuoto lasciato da detta decisione.

Varie opzioni giurisprudenziali, più o meno estrose, sono state adottate per colmare la lacuna, e a fronte della scomunica di Strasburgo verso l’accessione invertita.

Da alcune sentenze che, nel richiamare con prosa significativamente imbevuta di concetti romanistici l’istituto della specificazione (art. 940 c.c.): acquisto della proprietà a titolo originario in capo all’ente specificatore e indennizzo (valore venale) per il proprietario[12], ad altre che, in modo più lineare e meno enfatico, hanno affermato l’obbligo restitutorio facendo però salva l’acquisizione per usucapione ventennale e attribuendo rilievo alla eccessiva onerosità (art. 2058 c.c.) come causa di impedimento della restituzione ove «il costo del ripristino supererebbe il valore di mercato del bene»[13].

In tale scenario Corte cost. n. 71 del 2015 si rivela una decisione per nulla scontata.

Come noto, essa ritiene non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 42 bis del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, sollevata, in riferimento agli artt. 42, 111, commi 1 e 2, e 117, comma 1, Cost., dalla Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, in ragione delle significative innovazioni dell'art. 42 bis cit. rispetto al precedente art. 43 del medesimo T.U. espropri, che rendono il meccanismo compatibile con la giurisprudenza della Corte EDU in materia di espropriazioni cosiddette indirette, ed anzi rispondente all'esigenza di trovare una soluzione definitiva ed equilibrata al fenomeno, attraverso l'adozione di un provvedimento formale della pubblica Amministrazione. Tali differenze rispetto al precedente meccanismo acquisitivo consistono, in particolare, nella previsione: del carattere non retroattivo dell'acquisto; della necessaria rinnovazione della valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione attraverso uno stringente obbligo motivazionale; del riconoscimento al proprietario non solo del danno patrimoniale ma anche di quello non patrimoniale; della condizione sospensiva per il passaggio della proprietà data dal pagamento delle somme dovute; dell'applicazione dell'acquisizione non solo quando manchi del tutto l'atto espropriativo, ma anche laddove sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera o il decreto di esproprio; infine, della comunicazione del provvedimento di acquisizione alla Corte dei conti da parte della medesima autorità che acquisisce.

Restano aperti numerosi problemi.

Davvero l'art. 42-bis scoraggia le pratiche non conformi alle norme relative agli espropri in "buona e dovuta forma"? È necessario, in tal senso, un quadro giuridico in cui le acquisizioni sananti "costino" più degli espropri legittimi, per evocare nozioni di analisi economica del diritto^[14]. Davvero oggi c'è conformità con la Cedu quanto al rispetto del principio di legalità?

Su alcuni problemi aperti ancora non ci sono state ancora Plenarie o prese di posizione della Corte di Strasburgo. La valutazione della p.a. resta discrezionale, ma ci si può legittimamente chiedere se la motivazione sull'interesse pubblico sia realmente sindacabile). Si pensi al tema della potenziale omissione del "giusto procedimento" espropriativo^[15] che l'art. 42-bis di fatto autorizza.

A fronte di tanti problemi aperti vi sono stati vari interventi di Sezioni unite e Adunanza plenaria, a conferma della persistenza delicatezza della questione. In questa sede mi occuperò solo della giurisprudenza costituzionale e amministrativa pur essendo importante anche la questione del riparto di giurisdizione in tema di indennizzo^[16].

In particolare, considererò con l'uso delle chiavi di lettura metodologiche sopra indicate il tema della rinuncia abdicativa (Ad. plen. n. 2 del 2020); della servitù e dell'applicabilità dell'art. 42-bis anche ad attività privatistiche viziate (Ad. plen. n. 5/2020); del giudicato implicito e dei limiti oggettivi del giudicato civile risarcitorio (Ad. plen. n. 6 del 2021). Sullo sfondo, non ancora direttamente decisa ma oggetto di un importante *obiter* nel 2016, si colloca la delicata questione dell'usucapione sanante, che probabilmente si riproporrà a breve: siamo vicini ai venti anni dal 2003...

3. Dopo l'epocale spartiacque rappresentato da Corte costituzionale n. 71/2015, il Consiglio di Stato inizia a riflettere, con una serie di importanti Adunanze plenarie, sui problemi residuali, che la Consulta lascia sul terreno. Le chiavi di lettura continuano ad essere quella sostanziale del rapporto pubblico-privato e quella processuale, relativa ai mezzi di tutela, nell'idea di fondo che si afferma dell'art. 42-bis come unico possibile «procedimento espropriativo semplificato» (Corte cost. n. 71/2015). Il Consiglio di Stato sembra riappropriarsi dell'approccio funzionalista, suscitando una serie di perplessità sul piano dell'efficacia della tutela del privato, ma che attengono anche al metodo di fondo nei rapporti pubblico/privato.

Dopo la sentenza della Consulta del 2015 si prospetta immediatamente un tema di tutele e di corretta perimetrazione dei tempi del potere di cui all'art. 42-bis, tra procedimento e processo. L'Adunanza plenaria n. 2/2016 parte proprio dal tema relativo all'incertezza sui tempi, problema che si riverbera sulle modalità di tutela del cittadino specie rispetto al silenzio della p.a., per poi fare un discorso a trecentosessanta gradi sull'acquisizione sanante.

Secondo i giudizi di Palazzo Spada nel caso in cui il giudicato disponga espressamente la restituzione del bene l'amministrazione non potrà emanare il provvedimento ex art. 42-bis. Questa preclusione, invece, non sussiste in alcune ipotesi: 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; quando il proprietario ha interesse alla restituzione ma il giudice non si pronuncia sulla relativa domanda o si pronuncia "in modo insoddisfacente"; 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.). Rigido garante del principio di riserva di amministrazione, il g.a. esclude la possibilità per il g.a. di condannare l'amministrazione a disporre l'acquisizione sanante, perché altrimenti si sostituirebbe alla discrezionalità amministrativa.

In sintesi, secondo Ad. plen. n. 2/2016 l'illecito permanente ex art. 2043 c.c. viene a cessare solo in conseguenza: a) della restituzione del fondo; b) di un accordo transattivo; c) della rinuncia abdicativa (e non traslativa) da parte del proprietario implicita nella richiesta di risarcimento del danno per equivalente monetario a fronte della irreversibile trasformazione del fondo; d) di una compiuta usucapione, a certe condizioni.

Al netto dei successivi interventi correttivi della stessa Plenaria, ad esempio in tema di rinuncia abdicativa, la sentenza suscita alcune perplessità. Intanto sul fronte dei casi in cui è possibile superare il giudicato restitutorio nell'impiego dell'acquisizione sanante. Quando può dirsi che il giudice si pronuncia "in modo insoddisfacente" sulla domanda restitutoria? Potrebbe rientrarvi, magari, un perplesso caso relativo al suolo acquisito per compiere una bonifica nell'impossibilità di una restituzione immediata del bene libero da quanto residuo per il suo precedente impiego a discarica?^[17]

E il tema dell'usucapione? L'usucapione sanante è "sanata" da Ad. plen. n. 2/2016. Alle seguenti condizioni: a) sia effettivamente configurabile il carattere non violento della

condotta; b) si possa individuare il momento esatto della *interversio possessionis*; c) si faccia decorrere la prescrizione acquisitiva dalla data di entrata in vigore del t.u. espr. (30 giugno 2003) perchè solo l'art. 43 del medesimo t.u. ha 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.

Restano delle perplessità: anche in questo caso, infatti, pare di assistere all'impiego di categorie civilistiche piegate a finalità di interesse pubblico.

Talune obiezioni non sembrano essere fugate dalle assertive affermazioni della Plenaria, assertive forse anche perché nel 2016 si opera un consapevole “rinvio” della questione. A mio avviso è ancora solida l'obiezione volta a negare l'usucapibilità in base all'idea che l'attività illecita di costruzione di un'opera non realizzi una valida interversione del possesso, quanto un abuso della situazione di vantaggio cagionata dalla detenzione materiale del bene^[18]. Si deve quindi dubitare della compatibilità con l'art. 1 Protocollo addizionale Cedu: l'usucapione in queste ipotesi sembra infatti un altro caso di espropriazione indiretta. Il potere di acquisizione, come oggi previsto dall'art. 42-bis, pare qualificare la p.a. come detentrica del bene e non mero possessore (ai fini dell'usucapione): permanendo il potere di acquisizione non c'è *animus possidendi*, ma detenzione. Per non parlare del paradosso di una tutela addirittura inferiore all'accessione invertita: l'estinzione della tutela reale e di quella obbligatoria. Visto il termine di decorrenza dell'usucapione individuato dalla Plenaria, il problema fra un anno inizierà a riproporsi^[19]. Già il Consiglio di Stato ha operato un *revirement* su quanto detto dalla Plenaria sulla rinuncia abdicativa; ci si chiede se farà lo stesso per l'usucapione sanante. Verrebbe da ritenere di no, se manterrà l'approccio neo-funzionalista che ha assunto negli ultimi anni.

4. Rispetto a tale atteggiamento si segnala prima di tutto una pronuncia meno commentata, ma certamente da non sottovalutare.

Per Ad. plen. n. 5/2020 l'art. 42-bis del d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 si applica a tutte le ipotesi in cui un bene immobile altrui sia utilizzato e modificato dall'amministrazione per scopi di interesse pubblico, in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, e dunque quale che sia la ragione che abbia determinato l'assenza di titolo che legittima la disponibilità del bene. Inoltre, il giudicato restitutorio (amministrativo o civile che sia), inerente l'obbligo di restituire un'area al proprietario da parte dell'Amministrazione occupante *sine titulo*, non preclude l'emanazione di un atto di imposizione di una servitù, in esercizio del potere ex art. 42-bis, comma 6, d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, poichè questo presuppone il mantenimento del diritto di proprietà in capo al suo titolare.

Qui la Plenaria adotta con nettezza un approccio di flessibile rilevanza dell'art. 42-bis, di chiara matrice funzionalista. Da un lato ritiene applicabile la disposizione nel caso di nullità o annullamento di un contratto di compravendita, posto che anche nei modelli privatistici la finalità di interesse pubblico resterebbe immanente al rapporto; dall'altro che il giudicato restitutorio non precluda l'emanazione di un atto di imposizione di servitù, poichè questo presuppone il mantenimento del diritto di proprietà in capo al suo titolare.

Il crinale dei tormentati rapporti pubblico/privato è qui con nettezza lambito: a detta del giudice amministrativo l'azione amministrativa che si concretizza nell'emanazione di provvedimenti amministrativi, ovvero quella che si svolge, in forma paritetica, attraverso la sottoscrizione di accordi con i soggetti privati (art. 11 l. n. 241/1990, in particolare attraverso gli accordi sostitutivi di provvedimento), così come la stessa azione che utilizza direttamente strumenti disciplinati dal diritto privato (in specie, contratti), partecipa dell'unica (ed unificante) ragione di interesse pubblico, che la sorregge e giustifica, rappresentandone la causa in senso giuridico. Una visione marcatamente pan-pubblicista e soggettiva che di fatto identifica il concetto di interesse pubblico e quello della parte pubblica, che si riscontra in molti luoghi della giurisprudenza amministrativa più recente, come quello relativo all'accesso alla fase esecutiva del contratto d'appalto^[20], in una «una visione della materia, che fuoriesce dall'angusto confine di una radicale visione soggettivistica del rapporto tra il solo, singolo, concorrente e la pubblica amministrazione e che vede la confluenza la tutela di molteplici interessi anche in ordine alla sorte e alla prosecuzione del contratto». Ritiene ancora la Plenaria, ampliando il compasso applicativo dell'art. 42-bis anche per questo verso, che se oggetto del *petitum* è il recupero del bene alla piena proprietà e disponibilità del soggetto privato originariamente proprietario, non rientra nell'ambito oggettivo del giudicato, e dunque non si pone in contrasto con lo stesso, un provvedimento che, senza incidere sulla titolarità del bene, imponga sullo stesso ex novo (e, quindi, *ex nunc*) una servitù, trattandosi di ipotesi affatto diversa da quella inibita dal giudicato e assolutamente coerente con, e anzi presupponente, il mantenimento della proprietà in capo al privato.

5. In Ad. plen. n. 2/2020 il tema è il rilievo nella fattispecie della rinuncia abdicativa. La Plenaria guarda indietro a modifica il proprio convincimento, precedentemente espresso, seppure in via di *obiter*, nella sentenza n. 2/2016.

Esclude così la configurabilità nel nostro ordinamento della rinuncia abdicativa quale atto implicito ed implicato 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.

Lo fa sulla base di tre macro-argomentazioni, molto criticate dai civilisti, ma anche alcuni amministrativisti.

Per l'art. 42-bis l'autorità può acquisire il bene con un atto discrezionale, in assenza del quale scattano gli ordinari rimedi di tutela, compreso quello restitutorio, non residuando alcuno spazio per giustificare la perdurante inerzia dell'amministrazione, che non solo apprende in modo illecito il bene del privato, ma che attraverso una propria omissione (non esercitando il potere all'uopo previsto dalla legge) finirebbe per ottenere la proprietà del bene stesso ancora una volta al di fuori delle procedure legali previste dall'ordinamento.

La scelta, di acquisizione del bene o della sua restituzione, va effettuata esclusivamente dall'autorità (o dal commissario *ad acta* nominato dal giudice amministrativo, all'esito del giudizio di cognizione o del giudizio d'ottemperanza, ai sensi dell'art. 34 o dell'art. 114 c.p.a.): in sede di giurisdizione di legittimità, né il giudice amministrativo né il proprietario possono sostituire le proprie valutazioni a quelle attribuite alla competenza e alle responsabilità

dell'autorità individuata dall'art. 42-bis. Pertanto, il giudice amministrativo, in caso di inerzia dell'Amministrazione e di ricorso avverso il silenzio ex art. 117 c.p.a., può nominare già in sede di cognizione il commissario ad acta, che provvederà ad esercitare i poteri di cui all'art. 42-bis d.P.R. n. 327-2001 o nel senso della acquisizione o nel senso della restituzione del bene illegittimamente espropriato.

Questo è lo snodo argomentativo centrale che la Plenaria pretende di trarre, con talune forzature, dalla sentenza della Consulta del 2015. Questo assunto, come diremo, sconta dei preconcetti di fondo e presenta una serie di eterogenesi dei fini, specie in termini di tutela del privato.

Ma seguiamo ancora l'argomentare della Plenaria e guardiamo quali sono a detta del giudice amministrativo le criticità della rinuncia abdicativa.

a) essa non spiega esaurientemente la vicenda traslativa in capo all'Autorità espropriante. Se l'atto abdicativo è astrattamente idoneo a determinare la perdita della proprietà privata, non è altrettanto idoneo a determinare l'acquisto della proprietà in capo all'Autorità espropriante. Ai sensi dell'art. 827 c.c. l'acquisto, peraltro a titolo originario e non derivativo, si realizzerebbe in capo allo Stato e non in capo all'Autorità espropriante. Né l'effetto traslativo può essere recuperato attraverso l'ordine di trascrizione della sentenza di condanna al risarcimento del danno, atteso che le vicende della trascrizione si pongono solo sul piano dell'opponibilità verso terzi degli atti giuridici dispositivi di diritti reali, ma non disciplinano la validità e l'efficacia giuridica degli stessi.

b) la rinuncia viene ricostruita quale atto implicito, senza averne le caratteristiche essenziali. La rinuncia abdicativa, se riferita al ricorso giurisdizionale, non viene effettuata dalla parte, né personalmente, né attraverso un soggetto dotato di idonea procura. La domanda risarcitoria non può costituire univoca volontà espressa di rinuncia al bene; l'istituto della rinuncia abdicativa si pone come radicalmente estraneo alla teorica degli atti impliciti che riguarda solo gli atti amministrativi e non gli atti del privato.

c) infine: essa non è provvista di base legale, in un ambito, come 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 (CEDU). Si è ricordato, infatti, sotto questo profilo, che occorre evitare, in materia di espropriazione cd. indiretta, 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.

Rispetto a questa dirompente affermazione, il Consiglio di Stato si pone il problema delle sue ricadute sulla parte privata, un po' come aveva fatto con la sentenza n. 13/2017 con l'affermazione del cd. *prospective overruling*.

Quale tutela, dunque, in caso in "erronea" domanda risarcitoria?

L'ordinamento processuale offre un adeguato strumentario per evitare, nel corso del giudizio, che le domande proposte in primo grado, congruenti con quello che allora appariva il vigente quadro normativo e l'orientamento giurisprudenziale di riferimento assunto a diritto vivente,

siano di ostacolo alla formulazione di istanze di tutela adeguate al diverso contesto normativo e giurisprudenziale vigente al momento della decisione della causa in appello: la conversione della domanda ove ne ricorrano le condizioni (art. 32 c.p.a.); la rimessione in termini per errore scusabile (art. 37 c.p.a.); l'invito alla precisazione della domanda in relazione al definito quadro giurisprudenziale, in tutti i casi previa sottoposizione della relativa questione processuale, in ipotesi rilevata d'ufficio, al contraddittorio delle parti ex art. 73, comma 3, c.p.a., a garanzia del diritto di difesa di tutte le parti processuali.

Invero come accennato le criticità restano, e sono tante. Come diremo, peraltro, si trascineranno nella successiva sentenza n. 6 del 2021.

Prima di tutto, di nuovo, ad essere evocata è la cornice generale dei rapporti pubblico/privato: il diritto privato viene implicitamente bollato come «terra di nessuno»^[21] ed emerge una velata diffidenza del g.a. per un meccanismo di tutela affidato al soggetto leso.

Da un punto di vista più strettamente tecnico, il riferimento alla teoria dell'atto amministrativo implicito sembra scarsamente pertinente rispetto alla rinuncia abdicativa alla proprietà, che è istituto del tutto differente per presupposti, ambito di operatività e conseguenze. Peraltro, le più recenti acquisizioni civilistiche ammettono la rinuncia abdicativa implicita. In questo senso i giudici si limitano a escludere la rilevanza dell'art. 827 c.c. (che disciplina l'appartenenza allo Stato dei beni vacanti), ma non richiamano altre norme come l'art. 1070 c.c. (rinuncia della proprietà a favore del proprietario del fondo dominante), l'art. 1104 c.c. (abbandono del diritto del comunista a favore degli altri partecipanti). Infine, si osserva che il mancato effetto traslativo in capo all'ente espropriante non impedisca di considerare legittima l'operazione di sussunzione della rinuncia abdicativa nella domanda giudiziale di risarcimento del danno^[22].

Taluni sono arrivati a parlare, commentando questa operazione ermeneutica, di abdicazione di giustizia^[23].

Secondo questa prospettiva critica il richiamo alla tutela proprietaria costituzionale e convenzionale europea si rivela singolare all'interno della decisione, sol che si osservi che l'affermazione del conseguente principio di diritto è la circoscrizione dei poteri di reazione del privato e, comunque, la riserva alla sola amministrazione occupante della decisione sulla sorte del bene (restituzione o acquisizione).

Sicché a fronte dell'illecita occupazione di un bene immobile la determinazione legislativa delle legittime modalità di esproprio non può essere considerata come limite all'ordinario potere dispositivo del proprietario. Si ritiene, in tal senso, che «il problema, all'evidenza, ruota tutto attorno all'effettività delle tutele. Nel nuovo assetto delineato dall'adunanza plenaria la palla passa dal privato (e dal giudice) alla pubblica amministrazione: nel che, beninteso, sta il rovesciamento di prospettiva che consente di sterilizzare l'insana ansia del privato di dettare i tempi della traiettoria che dovrebbe portare alla finale (magari, comunque, tardiva) soddisfazione delle sue ragioni e alla pubblica amministrazione di tornare alla compostezza del suo privilegio, con agio di decidere come le conviene»^[24]. Si prospetta così un'opzione alternativa: trattandosi di illecito permanente funzionerebbe sempre il principio della *property rule*, che deve funzionare di default, al privato spetta comunque l'azione restitutoria, assuma essa carattere reale (art. 948 c.c.) o personale (art. 2043-2058 c.c.), oltre che risarcitoria.

Dall'asserita esaustività e autosufficienza dell'istituto dell'acquisizione 'sanante' non si potrebbe far derivare la limitazione o, meglio, l'elisione degli ordinari poteri, dispositivi e di azione, del privato che abbia sofferto l'illecita condotta dell'amministrazione, se non operando un salto logico e giuridico inammissibile. In ragione di tale impropria operazione logica, verrebbe creata una norma che non poggia su alcun fondamento e che è in contraddizione con la legge di Hume, ossia frutto di un salto logico dalla realtà dell'essere a quella del dover essere^[25]. In altri termini, si compie una operazione di normogenesi, logicamente invalida e giuridicamente inammissibile, non foss'altro perché contraria al principio di divisione dei poteri. Peraltro, conducendo ad un esito abdicatorio del diritto di proprietà del privato.

Si arriva per questa via alla prospettazione di un possibile difetto di giurisdizione ex art. 111 Cost. (eccesso di potere giurisdizionale), tema alquanto delicato dopo la notissima vicenda che ha portato alla recente sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, nel caso *Ranstad*, che non a caso si colloca a metà strada tra questioni di stretto diritto processuale, come la nozione di "giurisdizione" o di interesse strumentale, e vicende profonde, di ordine perfino istituzionale di dialogo/scontro tra Corti, che toccano i confini disciplinari tra pubblico e privato.

6. Come detto i nodi della tutela vengono al pettine in Ad. plen. 6 del 2021, che evidenzia ulteriormente le criticità derivanti da Ad. plen. n. 2/2020. Nel contrasto tra certezza e stabilità dei rapporti vs. legalità nazionale e convenzionale ci troviamo dinanzi una giurisprudenza amministrativa all'apparenza molto sbilanciata sulla prima. Di nuovo quindi si misura uno scarto rispetto alla tradizione ante-sentenze della Corte costituzionale del 2010 e del 2015.

Il Tribunale di Cagliari nel 2006 ritiene che la fattispecie che gli viene portata all'attenzione è un caso di occupazione appropriativa, ma rigetta espressamente la domanda per prescrizione. Il Tar Sardegna respinge quindi un successivo ricorso sulla medesima vicenda ribadendo che si tratta di occupazione appropriativa, e che l'iniziale richiesta risarcitoria fosse da considerare come rinuncia abdicativa alla proprietà dell'opera. Nel frattempo, tuttavia, tale sistemazione viene superata da Ad. plen. n. 2/2020, secondo la quale l'acquisto della proprietà da parte della p.a. può ormai avvenire solo ex art. 42-bis, in base a una – pretesa – rigorosa applicazione del principio di legalità. Quindi, come detto, la Plenaria del 2020 affronta il conseguente tema dei riflessi processuali con riferimento ai giudizi già instaurati a seguito della proposizione dell'azione risarcitoria nel precedente assetto pretorio. Il punto è che nel caso all'esame della Plenaria del n. 6/2021 tali ausili alla parte privata finiscono per non operare, per la peculiarità della fattispecie. La domanda di fondo, infatti, è se il giudicato che si è formato sulle domande risarcitorie e petitorie proposte alla luce del precedente assetto pretorio «copra» anche l'acquisizione della proprietà in capo alla p.a. ovvero se residui uno spazio per attivare la tutela delineata nel 2020 della Plenaria.

Ad. plen. n. 6 del 2021 lo esclude perentoriamente.

In caso di occupazione illegittima, a fronte di un giudicato civile di rigetto (per prescrizione) della domanda di risarcimento del danno per l'equivalente del valore di mercato del bene illegittimamente occupato dalla pubblica amministrazione, formatosi su una sentenza

irrevocabile contenente l'accertamento del perfezionamento della fattispecie della cd. occupazione acquisitiva, alle parti e ai loro eredi o aventi causa è precluso il successivo esercizio, in relazione al medesimo bene, sia dell'azione (di natura personale e obbligatoria) di risarcimento del danno in forma specifica attraverso la restituzione del bene previa rimessione in pristino, sia dell'azione (di natura reale, petitoria e reipersecutoria) di rivendicazione, sia dell'azione ex artt. 31 e 117 c.p.a. avverso il silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di provvedere ai sensi dell'art. 42-bis, d.P.R. n. 327/2001. Insomma: un completo deficit di tutela. Al fine della produzione di tale effetto preclusivo non è necessario che la sentenza passata in giudicato contenga un'espressa e formale statuizione sul trasferimento del bene in favore dell'amministrazione, essendo sufficiente che, sulla base di un'interpretazione logico-sistematica della parte-motiva in combinazione con la parte-dispositiva della sentenza, nel caso concreto si possa ravvisare un accertamento, anche implicito, del perfezionamento della fattispecie della cd. occupazione acquisitiva e dei relativi effetti sul regime proprietario del bene, purché si tratti di accertamento effettivo e costituente un necessario antecedente logico della statuizione finale di rigetto.

Tale presa di posizione è passibile di critiche sul piano sostanziale e su quello processuale.

Per l'Adunanza Plenaria il giudicato civile si è «formato sia sull'inesistenza del diritto al risarcimento dei danni perché estinto per prescrizione», sia sul suo immediato e diretto presupposto logico-giuridico costituito dal «regime proprietario del bene conseguente all'accertato perfezionamento della c.d. 'occupazione acquisitiva'» e, dunque, sull'acquisto a titolo originario del bene da parte dell'amministrazione in virtù della sua «irreversibile trasformazione». E tuttavia, dal momento della produzione dei fatti alla introduzione del giudizio civile e alla successiva sentenza, per poi arrivare alla Plenaria del 2021, si è verificato il completo e assoluto mutamento della qualificazione pretoria del fatto illecito (da istantaneo a permanente) ed è stato escluso che dal medesimo potessero scaturire effetti incidenti sul diritto di proprietà. L'effetto preclusivo derivante dal giudicato civile di rigetto della domanda attorea non è subordinato alla sussistenza nella pronuncia (e nel dispositivo) della formale chiara e univoca statuizione costitutiva del trasferimento del bene in favore dell'amministrazione in base alla «occupazione appropriativa» (né poteva essere così, perché ormai la tesi dell'occupazione acquisitiva era superata). Sicché, è lecito chiedersi, si può immaginare che il giudicato si estenda a una prassi (prima *praeter*, poi *contra legem*) ormai obsoleta o ci sarebbe stato invece un obbligo di interpretazione conforme a Cedu?[26].

A tal fine si propone, da parte di alcuni[27], l'autonomia fra due giudizi e la possibilità del g.a. di apprezzare autonomamente la fondatezza, in fatto e in diritto, della sentenza civile. Da escludere in questo caso, visto il superamento della fattispecie dell'occupazione acquisitiva. Resta il problema del giudicato e del suo potenziale contrasto alla Cedu, in particolare all'art. 1 Protocollo 1 annesso alla Cedu. Sul punto esiste, come noto, la chiusura della Corte costituzionale, che con sentenza n. 123/2017 ha dichiarato la questione di costituzionalità dell'art. 395 c.p.c. per un verso inammissibile per altro verso infondata. Si afferma ivi che è rimessa agli Stati medesimi la scelta di come meglio conformarsi alle pronunce della Corte, senza indebitamente stravolgere i principi della res iudicata o la certezza del diritto nel contenzioso civile, in particolare quando tale contenzioso riguarda terzi con i propri legittimi interessi da tutelare. Al netto delle criticità che tale sentenza poteva o meno presentare, il momento dell'intervento legislativo sembra finalmente arrivato, come conferma l'art. 1, comma 10, della legge delega di riforma del processo civile, n. 206/2021.

Sul fronte delle critiche più schiettamente processuali, invece, si ritiene che né il c.p.c. né il c.p.a. conferiscono alla sentenza civile efficacia di giudicato nel processo amministrativo[28].

Ma soprattutto è la discussa figura pretoria del “giudicato implicito”, da taluni criticamente definito «invisibile»[29], ove riferita alla cd. pregiudizialità logica ed alla cd. pregiudizialità tecnica, che fa discendere l'esistenza di una decisione vincolante per le parti su situazioni sostanziali diverse da quelle oggetto di domanda da un evento su cui le parti stesse non hanno esercitato alcun controllo. Tale evento è il ragionamento compiuto dal giudice per pronunciarsi sulla (unica e vera) domanda proposta: la logica dell'implicito è infatti inesorabile nell'attrarre tutte le premesse fondanti l'accertamento sulla domanda, solo in virtù del fatto che sono tali, alla stessa natura di tale accertamento. Ma quando tali premesse hanno consistenza di altra e diversa posizione sostanziale di cui nessuna parte ha chiesto la tutela, la loro semplice ricognizione in sentenza, benché logicamente necessaria, non è “decisione/accertamento” ma atto solipsistico del giudice insuscettibile di giustificare un vincolo da giudicato in capo a chi, come le parti del processo, vi è rimasto estraneo. Men che mai questo vincolo può ascrivere ad esigenze di economia processuale e di garanzia della certezza e stabilità dei rapporti giuridici come fa il Consiglio di Stato riprendendo affermazioni tralatticce della giurisprudenza civile di legittimità. Obiettivi di celerità dei giudizi e di armonia delle decisioni possono perseguirsi costruendo un giudicato dai limiti molto ampi, ma sempre e solo a patto di rispettare le regole del *due process*[30]. Proprio quelle regole che la lezione del giudicato implicito invece nega, e per mano di giudici ai quali, secondo la Costituzione repubblicana, neppure competono valutazioni di *policy* processuale. Il tema della ragionevole durata del processo e dell'economia processuale, declinato secondo il discorso del giudicato implicito, si è accompagnato ultimamente a un'idea utilitaristica di giustizia (es. abuso del processo e meritevolezza della tutela) che, sulla base di generiche clausole generali (es. buona fede, solidarietà sociale) ha portato a una normogenesi pretoria per principi alquanto discutibile[31].

7. Il tema dell'acquisizione sanante, nei suoi persistenti nodi aperti, conferma che la vicenda delle occupazioni illegittime dell'amministrazione continua a non avere pace, nonostante gli importanti assestamenti che si registrano da poco più di un lustro, grazie alla giurisprudenza finalmente confluyente nel 2015 di Corte costituzionale e Cassazione.

E tuttavia i tanti aspetti problematici ancora non chiariti stentano a trovare, come visto, confluente giurisprudenziali come avvenuto sull'an dell'istituto.

L'idea di fondo di chi scrive è che ciò è avvenuto perché, al fondo, si hanno visioni opposte su temi di respiro teorico generale, attinenti sotto il profilo sostanziale il rapporto pubblico/privato, sotto quello processuale il rapporto fra certezza e ragionevolezza dei tempi della tutela e legalità nazionale ed europea.

Da amministrativista, fermandomi a guardare il mio ambito disciplinare, e senza coinvolgere qui l'opinione del civilista, osservo che tali antitetiche opinioni si incontrano anche all'interno dei cultori della mia disciplina.

Per un verso, infatti, c'è chi critica la levata di scudi contro un diritto privato raffigurato come un mondo popolato da sterili e primitivi egoismi connotati soltanto da una rozza dimensione

economico-patrimoniale, unitamente alla per contro insistita raffigurazione in chiave salvifica di un diritto amministrativo (e del suo giudice)[32].

Sul versante opposto c'è chi, richiamando i classici del pensiero liberale, su tutti Vittorio Emanuele Orlando, ritiene di fare un'apologia del diritto amministrativo e del suo giudice[33], e di criticare la dottrina che negli anni ha prefigurato una progressiva civilizzazione del diritto amministrativo, attaccando altresì taluni momenti di discutibile accondiscendenza nei confronti del giudice della giurisdizione, magari secondo quella logica confusiva della costruzione di un diritto "comune", che, a ben vedere, sarebbe soltanto un cavallo di Troia del diritto amministrativo e della sua tradizionale anima garantista.

Il noto caso *Randstad*, deciso con una sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia del 21 dicembre 2021, costituisce la cartina di tornasole di tale dibattito, a volte anche aspro, tra settori disciplinari e ordini giurisdizionali.

È vero altresì che si registrano prospettive riconcilianti e ireniche, che teorizzano la conclamata crisi della dicotomia pubblico/privato e la necessità di ripensare i paradigmi dello Stato diritto.

Basta scorrere le pubblicazioni degli ultimi anni, tra le quali emerge un'elegante analisi in senso genealogico della parabola moderna della grande dicotomia e le ragioni della sua persistente crisi[34], accompagnandola magari con analisi in senso sincronico[35].

Si vedrà come la cifra di queste impostazioni sia quella che ravvede interconnessioni, sovrapposizioni, perdita di identità, che creerebbero maggiore ricchezza e ambiguità, richiedendo canoni e paradigmi nuovi, anche di carattere empirico[36].

Anche nella manualistica universitaria e per concorsi, spesso ascrivibile alla penna di magistrati, osserviamo questo riposizionamento sistematico: penso a testi quali "Dal diritto civile al diritto amministrativo"[37], nel quale si parla di due discipline in corso di allineamento, che si muovono lungo uno *sky-line* frastagliato, o ad recenti altri testi in cui si parla ormai di superamento della contrapposizione tra istituti di diritto pubblico e di diritto privato, vedendosi nel diritto amministrativo il nuovo diritto comune dei rapporti giuridici complessi[38].

Anche la teorica del "diritto debole"[39] si muove su tale linea: «occorre ripartire dalla neutralità del rapporto giuridico, inteso come relazione materiale» tra interessi sostanziali, «come substrato teorico e tecnico per una rivisitazione in senso funzionale della relazione tra diritto pubblico e privato».

Insomma: la sfida sistematica è aperta, e da essa passa la soluzione delle questioni che continuano a tormentare l'istituto dell'acquisizione sanante, prima che torni a farsi sentire la Corte di Strasburgo.

*Relazione al corso organizzato dalla Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione su "Occupazioni illegittime e acquisizione sanante. Ancora nodi gordiani?", Roma, 15 marzo 2022. Destinata agli *Scritti in onore di C.E. Gallo*.

- [1] Per un affresco generale sui corsi e ricorsi della “grande dicotomia”, cfr. B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.
- [2] Cfr. A. Romano Tassone, *Introduzione ai lavori*, relazione al Convegno su “Espropriazione per pubblica utilità”, svoltosi a Reggio Calabria l'11 e 12 ottobre 2013, reperibile sul sito www.associazione111.it.
- [3] Già a far data dal ventennio fascista. Emblematico, sul punto, S. Pugliatti, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in Atti del primo Congresso nazionale di diritto agrario (1935), ora in Id., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 1.
- [4] N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.
- [5] S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990.
- [6] L. Nivarra, *La proprietà europea tra controriforma e “rivoluzione passiva”*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 583 ss.
- [7] R. Conti, *L'occupazione acquisitiva: tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006.
- [8] Cfr. ad. es. Cass., sez. un., n. 5902 e 6583 del 2003.
- [9] V. il caso *Scordino*: Scordino c/Italia, Sez. I, 15 luglio 2004; Sez. I, 29 luglio 2004; Sez. IV, 17 maggio 2005; *Grande Chambre*, 29 marzo 2006; Sez. IV, 6 marzo 2007.
- [10] Cons. St., ad. plen., 29 aprile 2005, n. 2.
- [11] In tal senso, mi permetto di rinviare già a G. Tropea, *Le persistenti “valvole di sicurezza del sistema”: l'acquisizione sanante come questione di stretto diritto processuale?*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 591 ss.
- [12] Tar Puglia, Lecce, n. 785/2011.
- [13] Cons. St., sez. IV, n. 3561/2011.
- [14] G. Veltri, *La tutela restitutoria in materia espropriativa: lo stato della giurisprudenza ed i nodi ancora irrisolti*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- [15] F. Saitta, *Verso un “giusto” procedimento espropriativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 627 ss.
- [16] Sul tema v. Cass., sez. un., 20 luglio 2021, n. 20691.
- [17] Cons. St., sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4403.
- [18] Cons. St., sez. IV, n. 3346/2014.
- [19] Sull'attuale inapplicabilità dell'usucapione v., da ultimo, Tar Toscana, 15 febbraio 2022, n. 174.
- [20] Ad. plen. n. 10/2020.
- [21] G.D. Comporti, *La strana metafora della terra di nessuno: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 529 ss.
- [22] A. Vacca, *Profili strutturali dell'attività di ins dicere nell'abdicazione del diritto di proprietà*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 158.
- [23] C. Bona-R. Pardolesi, *Rinunzia abdicativa, abdicazione di giustizia?*, in *Foro it.*, 2020, III, 134 ss.

- [24] C. Bona-R. Pardolesi, *Rinunzia abdicativa, abdicazione di giustizia?*, cit.
- [25] A. Vacca, *Profili strutturali dell'attività di ius dicere nell'abdicazione del diritto di proprietà*, cit., 166.
- [26] W. Gasparri, *Occupazione appropriativa, rigetto della domanda risarcitoria e acquisto del bene: alla ricerca dei limiti oggettivi del giudicato*, in *Urb. app.*, 2021, 501.
- [27] B. Merola-S. Perongini, *Occupazione acquisitiva: giudicato implicito civile ed efficacia preclusiva nel processo amministrativo*, in *Urb. app.*, 2021, 507.
- [28] B. Merola-S. Perongini, *Occupazione acquisitiva: giudicato implicito civile ed efficacia preclusiva nel processo amministrativo*, cit., 507.
- [29] A. Panzarola, *Contro il cosiddetto giudicato implicito*, in www.judicium.it, n. 3/2019.
- [30] C. Delle Donne, *"Giudicato implicito" vs giusto processo: a che punto è la notte? (Intorno ad A.P. n. 6 del 2021)*, in pubblicazione in www.judicium.it.
- [31] Sul punto sia consentito il rinvio a G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015. Cfr. anche C.E. Gallo, *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 1005 ss.
- [32] G.D. Comporti, *La strana metafora della terra di nessuno: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, cit., *passim*.
- [33] M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008. Per un'aggiornata difesa del giudice amministrativo cfr. C.E. Gallo, *Attualità del giudice amministrativo*, in www.giustiziainsieme.it, 15 giugno 2021.
- [34] B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, cit.
- [35] A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020.
- [36] S. Cassese, *Diritto privato/diritto pubblico: tradizione, mito o realtà?*, in *Dialoghi con G. Alpa, un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, a cura di G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich, Roma, 2018, 56.
- [37] A. Plaisant, *Dal diritto civile al diritto amministrativo*, IV es., Udine, 2020.
- [38] G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova, 2021. Ma v. già le pagine di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, spec. 866.
- [39] M. Protto, *Il diritto debole*, Torino, 2019.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2477 – 29 settembre 2022

L'accesso civico e la reinterpretazione della trasparenza amministrativa. La funzionalizzazione dell'interesse conoscitivo e il suo 'affievolimento' (nota a Cons. St., sez. III, sent. non definitiva 10 giugno 2022, n. 4735)

di Flavio Valerio Virzi

Sommario: 1. Introduzione - 2. L'accesso civico generalizzato alla prova di alcune prassi interpretative - 2.1. La funzionalizzazione dell'interesse conoscitivo - 2.2. ...il suo 'affievolimento' - 3. Il tentativo di reinterpretazione dell'accesso civico semplice - 3.1. La sentenza del TAR Lazio - 3.2 La sentenza del Consiglio di Stato - 4. Conclusioni.

1. Introduzione

La vicenda giuridica da cui scaturisce la sentenza in commento trae origine dal diniego opposto dal Ministero dell'interno all'istanza di accesso civico a un accordo di cooperazione, concluso tra Italia e Gambia nel 2010, e al *Memorandum of Understanding*, sottoscritto dalle stesse parti nel 2015. Tale istanza era stata presentata assumendo che si trattasse di documenti soggetti a pubblicazione obbligatoria, presupposto che però era stato ritenuto insussistente dal Ministero, nonché dal Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, intervenuto in sede di riesame ([1]).

L'accesso ai documenti rappresenta l'istituto d'elezione per l'attuazione del principio di trasparenza amministrativa ([2]); nelle sue diverse forme esso conferisce a tale principio funzioni di volta in volta diverse, che vanno dal rafforzamento dei diritti di partecipazione nel procedimento e di difesa nel processo, al rafforzamento del controllo democratico, al contrasto della corruzione ([3]). L'accesso civico, com'è noto, è disciplinato dal d.lgs. n. 33

del 2013, contenente il Testo unico sulla trasparenza, che finalizza il principio di trasparenza verso «forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche», prevedendo, all'art. 5, comma 1, l'accesso civico semplice, che consente «a chiunque» e senza alcuna limitazione di accedere ai documenti e ai dati oggetto di un obbligo di pubblicazione, al comma 2, l'accesso civico generalizzato, che consente invece di accedere ai documenti e ai dati ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ([4]). Tale ultima forma di accesso, introdotta dal d.lgs. n. 97 del 2016, è stata ispirata al *Freedom of Information Act* (FOIA), già da tempo vigente nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea e della gran parte degli altri Stati membri, oltre che degli Stati Uniti, dando ingresso a un vero e proprio diritto alla conoscibilità (*right to know*), il cui esercizio però non è illimitato ([5]).

La relativa istanza, infatti, può essere denegata, ai sensi dell'art. 5-*bis*, al ricorrere di un'eccezione “relativa”, correlata alla valutazione di un interesse pubblico o privato alla riservatezza, legislativamente individuato, ovvero al ricorrere di un'eccezione “assoluta”, correlata alla sussistenza di un segreto di Stato o di un altro divieto di accesso o di divulgazione previsto dalla legge ([6]).

L'intervento di riforma è stato accolto non senza riserve da una parte della scienza giuridica ([7]). Alcuni studiosi rimproverano allo stesso di aver puntato su una forma di accesso non del tutto effettiva, soprattutto in ragione della formulazione eccessivamente vaga e generica delle numerose limitazioni legislativamente previste. Altri, pur apprezzando l'importante passo in avanti compiuto, auspicano interventi correttivi, al fine di superare prassi interpretative che riducono l'effettività del nuovo diritto ([8]). Quella in base alla quale lo stesso incontrerebbe dei limiti di tipo soggettivo, desumibili dalla sua funzionalizzazione a un interesse pubblico alla conoscibilità. Quella in base alla quale i limiti di tipo oggettivo determinerebbero un 'affievolimento' di detto interesse ogni volta in cui vi sia esposizione a pregiudizio per l'interesse pubblico alla segretezza o per l'interesse privato alla riservatezza ([9]).

La sentenza in commento, tuttavia, sembrerebbe avvalorare posizioni più caute in merito alla portata del d.lgs. n. 97. Essa, infatti, pur vertendo sull'accesso civico semplice, consente di pervenire a conclusioni che, a maggior ragione, possono valere per l'accesso civico generalizzato: il fatto che il Ministero dell'interno, dinanzi a un'istanza poco gradita, estenda alla prima forma di accesso gli stessi limiti soggettivi e oggettivi finora sperimentati per la seconda, per un verso, conferma che la funzionalizzazione e l'affievolimento dell'interesse conoscitivo non vanno imputate alla volontà legislativa o alle lacune del testo di legge del 2016, ma a interpretazioni distorsive, per altro verso, informa del rischio che eventuali interventi correttivi restino esposti allo stesso tipo di interpretazioni, che sottendono una certa riluttanza a una piena adesione alla cultura della trasparenza.

2. L'accesso civico generalizzato alla prova di alcune prassi interpretative

La vicenda giuridica in commento, si diceva, trae origine dal diniego opposto dal Ministero dell'interno a un'istanza di accesso civico, avente a oggetto un accordo di cooperazione concluso tra Italia e Gambia in materia di contrasto dell'immigrazione irregolare. Tale istanza, occorre ora precisare, era stata presentata ai sensi dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 33, e solo

limitatamente all'ostensione di alcune parti dell'accordo, ai sensi del comma 2. L'opzione tra l'accesso civico semplice e generalizzato, operata dall'istante, rappresenta il primo aspetto saliente della vicenda, poiché, sottendendo una precisa valutazione in ordine alle possibilità di ottenere i documenti menzionati, sembrerebbe avvalorare le riserve manifestate nei confronti del FOIA. Il ricorso all'accesso civico generalizzato, infatti, è stato osteggiato in alcune vicende assimilabili e ciò potrebbe aver scoraggiato il ricorso allo stesso da parte dell'amministrato: viene in rilievo la sentenza del Consiglio di Stato n. 1121 del 2020, che, oltre a essere stata resa nei confronti della stessa ricorrente, è accomunata a quella qui in commento per l'oggetto dell'istanza di accesso (il contenuto di accordi conclusi con Paesi terzi) per gli interessi coinvolti (l'interesse alla conoscibilità dei documenti concernenti la politica di contrasto dell'immigrazione irregolare e l'interesse alla riservatezza a tutela delle relazioni internazionali coinvolte in detta politica) nonché per aver legittimato quelle prassi interpretative che fondano le tesi sulla funzionalizzazione e sull'affievolimento alle quali si è accennato. Ma queste ultime trovano riscontro nella volontà legislativa e nel dettato legale⁹ ([10]).

2.1. La funzionalizzazione dell'interesse conoscitivo

Le prassi sopra descritte, è necessario sin d'ora segnalare, originano tutte dalla tendenza di una parte dell'amministrazione a valorizzare, sia pure, per così dire, al rovescio, la *ratio* delle previsioni contenute all'interno del l. n. 241 del 1990 per l'interpretazione del d.lgs. n. 33 del 2013. Così, se quella impone di opporre diniego alle istanze di accesso documentale funzionali a un controllo generalizzato sull'azione amministrativa, questa impone di denegare istanze di accesso civico, che, al contrario, non siano finalizzate a un controllo di tal tipo. Se quella prefigura per l'amministrato un interesse all'accesso in grado di far fronte agli interessi alla riservatezza contrapposti, questa non può che configurare un interesse conoscitivo, che, dinanzi alle esigenze di riservatezza, tende ad affievolire ([11]).

Le tesi della funzionalizzazione e dell'affievolimento, segnatamente, vengono giustificate, oltre che facendo leva sul dettato legale, proprio sull'esigenza di risolvere il problematico rapporto tra accesso documentale e accesso civico, come declinato nella formula stereotipata della «diversa profondità ed estensione» dei due istituti ([12]). Tale formula, non a caso, ricorre anche all'interno della sentenza del Cons. St. 2020/1121, in cui si afferma che la fondamentale differenza tra accesso documentale ed accesso civico consiste in ciò, «il primo consente [...] un'ostensione più approfondita, in ragione della sua strutturale correlazione con un interesse privato del richiedente (generalmente a fini difensivi)»; il secondo invece «è funzionale ad un controllo diffuso del cittadino, al fine specifico, da un lato, di assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa per l'ipotesi in cui non siano stati compiutamente rispettati gli obblighi al riguardo già posti all'amministrazione da una norma di legge, nonché – dall'altro – per operare un più incisivo e preventivo contrasto alla corruzione»; questo, in quanto tale, «consente sì una conoscenza potenzialmente più estesa rispetto a quella accordata dalla l. n. 241 del 1990 ai soggetti privati per la tutela dei propri interessi, ma d'altro canto meno approfondita, in quanto concretamente si traduce nel diritto ad un'ampia diffusione di dati, documenti ed informazioni, fermi però ed in ogni caso i limiti posti dalla legge a salvaguardia di determinati interessi pubblici e privati che in tali condizioni potrebbero essere messi in pericolo» ([13]).

La tesi della funzionalizzazione è stata fondata sul testo dell'art. 5, comma 1, specificamente nella parte in cui fa riferimento allo «scopo di favorire forme diffuse di controllo sul

perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico» ([14]). Tale riferimento, infatti, è stato sfruttato per giustificare la verifica sull'effettiva rispondenza dell'istanza di accesso generalizzato alle finalità legislativamente prescritte e, conseguentemente, l'eventuale diniego di accesso nei confronti di chi intende far valere un interesse di tipo 'egoistico' ([15]).

La tesi riportata è stata condivisa, di nuovo, nella sentenza del Consiglio di Stato n. 2020/1121. Il giudice, in tale occasione, rammentato che «uno solo è il presupposto imprescindibile di ammissibilità dell'istanza di accesso civico generalizzato, ossia la sua strumentalità alla tutela di un interesse generale» e che tale istanza dev'essere «disattesa ove tale interesse generale della collettività non emerga in modo evidente, oltre che, a maggior ragione, nel caso in cui la stessa sia stata proposta per finalità di carattere privato ed individuale», aveva ribaltato le conclusioni del TAR, che aveva ritenuto illegittimo il diniego, opposto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, all'istanza di accesso a documenti contenenti informazioni su talune operazioni di *Search and Rescue*. Il collegio, infatti, aveva ritenuto non fosse dato ravvisare nella stessa «gli specifici interessi generali – ossia, direttamente riferibili alla comunità dei cittadini o ad una parte significativa di essi – alla cui promozione e tutela sarebbero state preordinate le istanze medesime», arrivando, per tale via, a negare ciò che pure era stato conclamato nella sentenza di primo grado, vale a dire, che l'interesse generale all'accesso ai documenti sulle operazioni di ricerca e salvataggio in mare dei migranti, può essere di per sé rinvenuto nell'indubbio rilievo civico e nell'ampio risalto sociale del fenomeno migratorio ([16]).

La funzionalizzazione, nella prospettiva esposta, deriverebbe dalla previsione legislativa. Tuttavia, se è vero che il legislatore all'interno del comma 2 fa espresso riferimento alla funzione propria dell'accesso civico generalizzato, è altrettanto vero che lo stesso legislatore all'interno del comma 3 si preoccupa di specificare che la presentazione dell'istanza non può essere sottoposta «ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente», ma anche di far venir meno le condizioni per un'eventuale verifica sul rispetto di dette finalità, affermando che tale istanza «non richiede motivazione» ([17]).

I due commi, pertanto, andrebbero letti coordinatamente, in maniera tale da conciliare la prospettiva solidaristica dell'uno con la prospettiva individualistica dell'altro: le istanze di accesso potranno pure essere poste a presidio delle garanzie democratiche, ma di detta funzione – come precisato dal legislatore – non deve farsi carico il singolo istante, poiché ciò sarà il fine ultimo cui l'ordinamento vuole tendere attraverso la sommatoria di molteplici condotte individuali. Tale lettura è stata condivisa anche dalla Adunanza plenaria nella sentenza 10/2020, secondo cui il riferimento legislativo alla necessità di favorire forme diffuse di controllo sull'azione dell'amministrazione varrebbe a evidenziare la volontà di superare il limite funzionalistico previsto per l'accesso documentale e non a sottoporre a verifica le finalità per cui viene richiesto l'accesso civico generalizzato. Essa, pur definendo tale ultimo accesso come «dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa», rinviene sotteso allo stesso «un interesse individuale alla conoscenza [...] protetto in sé» ed esorta a non confondere «la *ratio* dell'istituto con l'interesse del richiedente, che non necessariamente deve essere altruistico o sociale né deve sottostare ad un giudizio di meritevolezza, per quanto [...] certamente non deve essere pretestuoso o contrario a buona fede» ([18]).

2.2. ...il suo 'affievolimento' ([19])

La tesi dell'affievolimento, fondata sull'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 33, si manifesta sotto un duplice e diverso profilo ([20]). Il primo inerisce all'opzione tra l'*harm test* e il *public interest* o *public interest override test*, da effettuarsi in vista dell'eventuale diniego di accesso ([21]). L'amministrazione, infatti, tende a rappresentare l'interesse alla conoscibilità dell'amministrato come necessariamente recessivo dinanzi alla valutazione sull'esposizione a pregiudizio concreto dell'interesse pubblico o privato alla riservatezza, escludendo di dover dare luogo a un bilanciamento. Il secondo inerisce proprio a tale valutazione. L'amministrazione tende a ritenere l'interesse alla conoscibilità recessivo dinanzi all'interesse alla riservatezza, a prescindere dalla sua esposizione a un pregiudizio concreto ([22]).

La tesi, in entrambi i suoi profili, viene anch'essa condivisa nella sentenza n. 1121 del Consiglio di Stato, che, riconosciuto al diniego di accesso civico natura «eminentemente discrezionale, che non di rado può involgere [...] insindacabile merito politico», circoscrive il suo sindacato alla mera «logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria», salvo poi rinunciare di fatto persino allo stesso ([23]). Il collegio, infatti, ritiene «adeguatamente motivata e coerente con l'assolvimento delle loro funzioni istituzionali» la motivazione con cui il Ministero, senza preoccuparsi di attribuire rilievo all'interesse alla conoscibilità, si limita a valutare l'esposizione a pregiudizio dell'interesse pubblico alla riservatezza, reputando sufficiente l'apodittica affermazione per cui «l'eventuale accesso alle comunicazioni/documentazioni relative agli eventi SAR di cui trattasi, comporterebbe un pregiudizio concreto ai rapporti che intercorrono tra Stati ed alle relazioni tra soggetti internazionali, in particolare con il Governo libico e quello maltese» ([24]). Lo scostamento rispetto alla sentenza del TAR Lazio è evidente. Il giudice di primo grado, infatti, si era fatto apprezzare proprio per aver spostato l'attenzione sull'interesse alla conoscibilità, prospettando un vero e proprio bilanciamento con il contrapposto interesse alla riservatezza: per esso, «L'importanza e la frequenza delle operazioni [di salvataggio in mare], nonché la natura dei diritti fondamentali coinvolti non possono risultare esclusi dall'attuazione del principio di trasparenza, come concepito e disciplinato dalla normativa vigente»; l'istanza di accesso, pertanto, può pure porre ragioni di ordine pubblico, difesa militare o repressione di reati, ma «l'eventuale concorso di fattori, meritevoli di riservatezza» non possono di per sé «soverchiare totalmente il principio di trasparenza, in un settore di indubbio rilievo civico e ampio risalto, peraltro, anche nei mass-media» ([25]).

Ma la tesi dell'affievolimento trova veramente riscontro nel testo legislativo? L'art. 5-*bis*, in effetti, sembrerebbe avvalorare l'*harm test*, per la mancanza nel dettato legale della clausola tipica del *public interest test*, esemplificata nella formula europea «a meno che vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione» ([26]). Tale previsione, tuttavia, nel disporre che l'accesso civico «è rifiutato se il diniego è *necessario* per evitare un pregiudizio concreto», sembrerebbe introdurre un principio di proporzionalità, la cui applicazione logicamente presuppone un *balancing test*, da intendersi retamente, non già nel senso che l'interesse all'accesso possa prevalere dinanzi all'interesse alla riservatezza, bensì nel senso – proprio della «regola del mezzo più mite» – che il primo interesse non debba soccombere del tutto allorché non sia strettamente necessario per evitare un pregiudizio al secondo, ciò che, peraltro, trova riscontro nella definizione dell'accesso parziale e dell'accesso differito, di cui ai commi successivi ([27]). Essa, soprattutto, non depone in alcun modo nel senso di far ritenere l'interesse all'accesso come recessivo dinanzi all'astratta prospettiva di un interesse alla riservatezza; in disparte l'insinuazione di chi ritiene che l'affievolimento deriverebbe di per sé dalla sua formulazione, per prevedere essa un'elencazione di interessi-limite eccessivamente vaga e generica, apparendo invece tale elencazione perfettamente in

linea con i FOIA europei e internazionali, occorre sottolineare che la stessa attribuisce rilievo all'interesse alla riservatezza non già di per sé, ma in ordine al pregiudizio «concreto» che a esso ne potrebbe derivare ([28]).

L'Adunanza Plenaria sembrerebbe dello stesso avviso. Il collegio, infatti, soffermandosi sul «delicato bilanciamento tra il valore, fondamentale, dell'accesso e quello, altrettanto fondamentale, della riservatezza» afferma che «la circostanza che l'accesso possa prevedibilmente soccombere di fronte alle ragioni normativamente connesse alla riservatezza dei dati dei concorrenti non può condurre a un'aprioristica esclusione dell'accesso». Esso, soprattutto, sia pure sovrapponendo i termini dei due test descritti, conferma che «Tutte le eccezioni relative all'accesso civico generalizzato implicano e richiedono un bilanciamento da parte della pubblica amministrazione, in concreto, tra l'interesse pubblico alla conoscibilità e il danno all'interesse-limite, pubblico o privato, alla segretezza e/o alla riservatezza, secondo i criteri utilizzati anche in altri ordinamenti, quali il cd. test del danno (*harm test*) [...] o il c.d. *public interest test* o *public interest override* [...], in base al quale occorre valutare se sussista un interesse pubblico al rilascio delle informazioni richieste rispetto al pregiudizio per l'interesse-limite contrapposto»; per poi specificare che tale valutazione debba essere svolta di volta in volta sulla base del principio di proporzionalità ([29]).

Le considerazioni che precedono inducono a ritenere che le interpretazioni che fondano la funzionalizzazione e l'affievolimento dell'interesse conoscitivo vanno non già imputate alla volontà legislativa o alla scarsa perspicuità del dettato legale, bensì addebitate a una deliberata scelta dell'interprete e a una certa riluttanza da parte dello stesso ad aderire alla cultura della trasparenza. Tanto pare a maggior ragione avvalorato dalla vicenda da cui origina la sentenza in commento, su cui occorre ora tornare.

3. Il tentativo di reinterpretazione dell'accesso civico semplice

L'opzione per l'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 33, da parte dell'istante, non vale a evitare gli atteggiamenti ostruzionistici del Ministero, che tenta di riparare in un'operazione interpretativa inedita, volta a estendere gli stessi limiti soggettivi e oggettivi sperimentati nell'ambito del comma successivo.

L'istante, segnatamente, si rivolgeva al Ministero, assumendo che l'accordo di cooperazione dovesse considerarsi oggetto di un obbligo di pubblicazione ai sensi dell'art. 4 della l. n. 839 del 1984, che pone in capo al Ministero degli affari esteri, Servizio del contenzioso diplomatico, trattati e affari legislativi, l'onere di trasmettere tutti gli atti internazionali cui la Repubblica italiana si obbliga nelle relazioni estere, ivi compresi i trattati, le convenzioni, lo scambio di note, gli accordi e gli altri atti diversamente denominati, per la loro pubblicazione trimestrale. Il Dipartimento della pubblica sicurezza – Direzione centrale dell'Immigrazione e della polizia delle frontiere, tuttavia, rifiutava di esibire i menzionati documenti, giustificando la propria determinazione in ragione della carenza di un interesse pubblico all'accesso e della prevalenza dell'interesse alla riservatezza, derivante dalla necessità di evitare un pregiudizio alla sicurezza pubblica e all'ordine pubblico, nonché alle relazioni internazionali. Esso, in altre parole, giustificava il proprio rifiuto facendo leva proprio sulla tesi della funzionalizzazione e dell'affievolimento dell'interesse conoscitivo, ai sensi dell'art. 5-*bis*.

Tali tesi neppure stavolta trovano riscontro, eppure, come si sta per vedere, vengono condivise in sede giurisdizionale.

3.1. La sentenza del TAR Lazio

Il TAR Lazio, il cui intervento viene sollecitato dall'istante, infatti, considera sufficientemente motivato il rifiuto del Ministero dell'interno e lo fa rinviando proprio alla sentenza n. 1121/2020, dalle cui statuizioni il collegio «non ravvede ragioni per discostarsi»; ragioni, che, però, a uno sguardo più attento, avrebbero potuto agevolmente essere rintracciate nella diversa *causa petendi*, l'illegittimità del diniego di accesso civico semplice qui, l'illegittimità del diniego di accesso civico generalizzato lì ([30]).

Quanto alla tesi della funzionalizzazione, innanzitutto, il TAR, assumendo che l'istanza debba essere finalizzata alla tutela di un interesse pubblico, conclude nel senso della mancanza di tale carattere: «L'interesse della ricorrente è – per sua stessa ammissione – un interesse legato alla sua attività professionale di difensore di cittadini gambiani trattenuti presso di centri di rimpatrio. Pertanto, non si ravvisa – né è stato allegato – un interesse proprio della generalità dei cittadini al riguardo». Esso, tuttavia, così argomentando, commette tre errori contemporaneamente, trascurando, in primo luogo, che il dettato dell'art. 5, comma 1, appare chiaro nel correlare all'obbligo di pubblicare i documenti e i dati previsti dalla normativa vigente, il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, allorché sia stata omessa la loro pubblicazione; in secondo luogo, che la giurisprudenza menzionata si è formata con specifico ed esclusivo riferimento all'art. 5, comma 2; quindi, che detta giurisprudenza deve ritenersi comunque inammissibile, tanto più che, come detto, l'art. 5, comma 3, prevede che «L'esercizio del diritto di cui ai commi 1 e 2 non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente» e che l'istanza di accesso civico «non richiede motivazione» ([31]).

Quanto alla tesi dell'affievolimento, invece, occorre osservare che il TAR, anziché verificare la riferibilità dei documenti oggetto dell'istanza agli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 4 della l. n. 839 del 1984, al fine di stabilire la sussistenza o meno del diritto di richiedere gli stessi, si sofferma sui limiti che a tale diritto deriverebbero dall'art. 5-*bis*, comma 1, lett. a) e d), nonché dall'art. 24, comma 2, l. n. 241 del 1990 e dagli artt. 2, comma 1, lett. a), b) e 3, comma 1, lett. a) e d), del D.M. 415/94, peraltro, senza preoccuparsi di attribuire rilievo all'interesse alla conoscibilità e ritenendo sufficiente una motivazione superficiale, in cui il pregiudizio all'interesse pubblico alla riservatezza, per come prospettato, appare tutt'altro che concreto. La premessa del suo ragionamento è che «l'articolo 5-*bis*, comma primo del d.lgs. n. 33 del 2013, [...] il legislatore individua una serie di interessi – di rilievo costituzionale – la cui tutela è imprescindibile per la funzionalità dell'apparato dello Stato, in quanto attenenti all'essenza stessa della sua sovranità (interna ed internazionale)» e che «la valutazione che l'Amministrazione è tenuta a fare sulla prevalenza di tali interessi rispetto all'interesse all'accesso, ha natura discrezionale e come tale è sindacabile solo ove manifestamente illogico o irragionevole, affetto da difetto di istruttoria o travisamento». La conclusione è che il diniego risulta adeguatamente motivato, rappresentando la circostanza per cui «La pubblicazione dell'accordo di cui sopra andrebbe a minare l'integrità dei rapporti internazionali intrattenuti dal nostro Paese con il Gambia, su quello che è il tema del contrasto all'immigrazione illegale, la lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata ed al traffico di esseri umani (cooperazione internazionale operativa di Polizia)» e correlativamente per cui «L'ostensione degli atti richiesti, [...] oltre a minare la sicurezza di una attività

operativa di cooperazione di polizia, produrrebbe un concreto e diretto pregiudizio all'integrità dei rapporti con un paese che rappresenta uno snodo fondamentale per gli equilibri euro-mediterranei, anche in ragione dei flussi migratori all'interno del continente africano»; per il giudice, la motivazione deve ritenersi legittima, pur prospettando solo dei «possibili pregiudizi concreti» ([32]).

L'errore in cui incorre il TAR stavolta è duplice, posto che esso estende all'accesso civico semplice dei limiti legislativamente previsti per il solo accesso civico generalizzato e lo fa facendo recedere l'interesse conoscitivo dinanzi all'astratta prospettiva di un interesse pubblico alla riservatezza. Il primo errore, invero, è talmente grave da offuscare il secondo, facendo sorgere il dubbio che si tratti di un vero e proprio travisamento dei fatti processuali, anche perché il giudice non si preoccupa neppure di esporre le ragioni che lo inducono a reinterpretare il combinato disposto tra l'art. 5, comma 2, e l'art. 5-*bis*, del cui significato non pare potersi affatto dubitare. Tali ragioni, che forse il Ministero rappresenta in atti, ma che non vengono riprodotte dal collegio, tuttavia, saranno esternate nell'ambito del giudizio di secondo grado, per essere finalmente censurate.

3.2 La sentenza del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, torna sui limiti soggettivi e oggettivi che il Ministero dell'interno pretende di opporre all'accesso civico semplice, ribaltando le conclusioni del tribunale.

Sotto un primo profilo, il collegio si sofferma sulla pretesa funzionalizzazione dell'accesso civico semplice e lo fa riferendosi anche al riflesso che la stessa provocherebbe sul piano dell'identificazione dei documenti ostensibili. Per un verso, infatti, il collegio si limita a rammentare il dettato del d.lgs. n. 33 e l'interpretazione dello stesso fornita dall'Adunanza plenaria per accogliere il motivo di gravame: «Sulla base dei riferiti dati normativi, che hanno completato l'evoluzione, nel nostro ordinamento, “della visibilità del potere” pubblico, segnando il “passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere”, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio – con affermazioni relative all'accesso civico “generalizzato” di cui all'art. 5, comma 2, citato, ma vevoli, *a fortiori*, per quello “semplice” di cui all'art. 5, comma 1 – ha chiarito che esso “non è sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza”» ([33]). Per altro verso, esso si premura, sia pure per il tramite di un *obiter dictum*, a escludere che la finalità propria dell'accesso civico, identificata nel controllo sulle funzioni amministrative, possa valere a estromettere i documenti aventi natura politica, in considerazione del fatto che il Testo unico «nell'enucleare i principi di trasparenza e conoscibilità sottesi all'intero decreto» fa riferimento «non già agli atti amministrativi ma ai dati, alle informazioni e ai documenti detenuti dalla pubblica amministrazione» ([34]). Sotto il secondo profilo, il giudice si sofferma invece sul tentativo di far ‘affievolire’ l'accesso civico semplice, sia pure a seguito di un riposizionamento strategico, di tipo metodologico, che gli consente di affrontare il problema della sussumibilità degli accordi tra Italia e Gambia negli obblighi legali di pubblicazione, per censurare il tentativo di riqualificazione degli stessi effettuato dall'amministrazione ministeriale, secondo la quale la natura tecnico-amministrativa del loro contenuto avrebbe dovuto indurre a escludere la loro natura di accordi internazionali e con ciò l'obbligo di pubblicazione ai sensi della l. n. 839 del 1994 ([35]).

Il Consiglio di Stato, infatti, rilevato l'obbligo di pubblicazione, passa a verificare che non sussistano altre ragioni ostative all'accesso, soffermandosi specificamente «sui rapporti tra gli obblighi di pubblicazione degli accordi internazionali, l'accesso civico semplice e quello generalizzato, e le cause di esclusione di quest'ultimo» e specificamente sull'opzione interpretativa secondo cui all'accesso civico semplice sarebbero estensibili le cause di esclusione che l'art. 5-*bis* del d.lgs. n. 33 riferisce espressamente al solo accesso civico generalizzato ([36]). Il collegio finalmente palesa il fondamento dell'anzidetta opzione, che approfitterebbe di un'incongruenza generata dalla riforma dello stesso Testo unico della trasparenza a opera del d.lgs. n. 97 del 2016 e, segnatamente, del fatto che, mentre l'art. 5, comma 1, definisce il suo ambito di applicazione facendo riferimento agli obblighi di pubblicazione previsti «ai sensi della normativa vigente», l'art. 5, comma 2, definisce il suo ambito applicativo facendo invece riferimento agli atti ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione «ai sensi del presente decreto». Tale incongruenza, secondo il Ministero, ridurrebbe la portata operativa dell'accesso civico semplice, facendo così rispandere quella dell'accesso civico generalizzato e quindi delle clausole di esclusione per esso prescritte all'interno dell'art. 5-*bis*, comma 1; questo perché tale ultima forma di accesso opererebbe non soltanto rispetto agli atti non oggetto di pubblicazione obbligatoria, ma anche rispetto a quegli atti oggetto di pubblicazione obbligatoria in forza di norme esterne al Testo unico e, tra questi, degli atti assoggettati a pubblicazione dalla l. n. 839 del 1994 ([37]).

Il giudice, tuttavia, ritiene di dover avversare tale interpretazione, ritenendola del tutto incompatibile sia con il tenore letterale dell'art. 5, comma 1, sia con la *ratio* sottesa all'art. 5, comma 2, che introduce l'accesso civico generalizzato «per ampliare e non per ridurre la trasparenza dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni». La presa di posizione, del resto, trova conforto anche nell'art. 5-*bis*, comma 4, nella parte in cui si fanno salvi gli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, la cui «unica funzione logica» non potrebbe che essere «di ulteriormente segnalare all'interprete che le cause di esclusione dall'accesso civico generalizzato – e quindi lo stesso accesso civico generalizzato – riguardano atti e documenti non oggetto di pubblicazione obbligatoria»([38]).

L'accesso civico semplice, in definitiva, deve intendersi esteso a tutti gli atti oggetto di un obbligo di pubblicazione, a prescindere dal fatto che la fonte che lo preveda sia interna o esterna al Testo unico. Tale accesso, soprattutto, non può essere in nessun caso negato; l'unica possibilità che residua in capo all'amministrazione per sottrarre allo stesso un documento oggetto di pubblicazione obbligatoria è l'apposizione del segreto di Stato, ovvero, si potrebbe forse aggiungere, la classificazione delle informazioni in esso contenute, ai sensi della l. n. 124 del 2007: «[n]onostante infatti, il d.lgs. n. 33 del 2013 non indichi espressamente il segreto di Stato quale clausola d'esclusione dall'accesso civico semplice (a differenza di quanto avviene per quello generalizzato), il principio di trasparenza, sotteso ad entrambe le forme di accesso, non può certamente rendere inoperante l'istituto del segreto, che resta strumento irrinunciabile per tutelare supremi ed insopprimibili interessi dello Stato [...] quali la “integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali”, la “difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento”, la “indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi” e “la preparazione” e “la difesa militare dello Stato”» ([39]).

Il Consiglio di Stato accoglie così anche il secondo motivo gravame, ma le conclusioni cui perviene in generale, non gli consentono di definire la sua pronuncia in merito alla sussistenza del diritto di accesso civico semplice nel caso di specie. Tanto perché il giudice ritiene di non

essere in grado di appurare se con gli accordi internazionali oggetto di accesso l'Italia si sia effettivamente impegnata nei confronti del Gambia, ciò che, in linea con i passaggi argomentativi riportati, diviene indispensabile determinare, per poi poter affermare la riferibilità di tali accordi alla l. n. 839. La ricorrente, infatti, riporta una serie di circostanze che farebbero deporre per l'assunzione di impegni di tal tipo. Il Ministero dell'interno, dal canto suo, affermato che gli accordi sarebbero stati stipulati da un organo della pubblica amministrazione «che non rappresenta un soggetto di diritto internazionale», non prende poi una specifica posizione a riguardo, anche in ragione delle dedotte esigenze di tutela della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico e delle relazioni internazionali con la controparte gambiana.

Il collegio, pertanto, emette una sentenza non definitiva, che veicola l'ordine, rivolto al Ministro dell'interno, di produrre, entro sessanta giorni, una relazione a firma congiunta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, in cui si chiariscano tutti i pertinenti profili di interesse, anche in merito all'opposizione del segreto di Stato.

4. Conclusioni

La vicenda giuridica da cui scaturisce la sentenza commentata, si diceva in apertura, verte essenzialmente sull'accesso civico semplice, ma consente di pervenire a conclusioni, che, a maggior ragione, possono valere per l'accesso civico generalizzato. L'estensione alla prima forma di accesso degli stessi limiti soggettivi e oggettivi sinora sperimentati per la seconda conferma, infatti, che la tesi della funzionalizzazione e dell'affievolimento dell'interesse conoscitivo non vanno imputate alla volontà legislativa o alla scarsa perspicuità del d.lgs. 97/2016. Tali tesi, infatti, sono state riferite pure all'art. 5, comma 1, della cui portata testuale non pare potersi dubitare, a meno di non voler rimettere in discussione, accanto all'art. 5, comma 2, e all'art. 5-*bis*, l'intero disegno legislativo e il significato proprio delle parole in esso contenute. La sentenza commentata, soprattutto, conforta le riserve in ordine all'efficacia di eventuali interventi correttivi, non perché il Testo unico non sia perfettibile, ma per l'impossibilità di prevedere le effettive ricadute di detti interventi a fronte delle descritte prassi interpretative; ebbene, proprio su dette prassi, nelle ultime battute del presente scritto, si propone di agire ([40]).

La riforma del 2016 esprime un sicuro *favor* per la trasparenza amministrativa. Tale *favor* potrebbe essere valorizzato proprio nell'interpretazione delle sue previsioni normative, come fa l'Adunanza Plenaria in molti passaggi della sentenza sopra riportati, e come fa altresì lo stesso Ministero per la pubblica amministrazione all'interno della circolare n. 2/2017, che, nell'enunciare ciò che esso stesso definisce come *principio della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo*, esorta a dare prevalenza a tale ultimo interesse ogni volta in cui emergano dubbi in ordine alla portata delle suddette previsioni. Esso, si intende dire, potrebbe valere a risolvere i contrasti interpretativi in ordine al dettato legale, avvalorando, tra due o più letture plausibili, la soluzione che maggiormente conviene alla realizzazione del *right to know*. Il principio della tutela preferenziale, elevato a vero e proprio canone interpretativo, vanificherebbe in origine i tentativi di rilettura del Testo unico, costringendo le amministrazioni più riluttanti a recepire il cambio di paradigma culturale veicolato dallo stesso e proteggendo gli amministrati dai rivolgimenti giurisprudenziali ([41]).

(11) Cfr. Cons. St., sez. III, sent. (non definitiva) 10 giugno 2022, n. 4735, resa su ricorso avverso TAR Lazio, sez. I-ter, sent. 22 luglio 2021, n. 8838.

(12) Sulla rilevanza e sull'evoluzione storico-giuridica del principio di trasparenza nell'ordinamento italiano, cfr. almeno M. D'ALBERTI, *La trasparenza amministrativa tra progressi e incertezze*, in *Lo sguardo del giurista e il suo contributo all'amministrazione in trasformazione. Scritti in onore di Francesco Merloni*, Torino, 2021; A. CORRADO, *Il principio di trasparenza*, in M.A. SANDULLI, (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 104; M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 141 ss.; E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, n. 3, p. 779 ss.; F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in Id. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, p. 9 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, 2006, e Id., *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, vol. XXX, Roma, 1995.

(13) Sulla declinazione del principio di trasparenza in relazione ai diversi istituti dell'accesso ai documenti amministrativi, cfr. F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2019, n. 4, p. 793 ss.; C.E. GALLO, S. FOA, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino 2011; M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, n. 1, p. 5 ss.; M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, IV agg., 2000.

(14) L'introduzione dell'accesso civico semplice all'interno del nostro ordinamento è stata commentata da G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, n. 8-9, 875 e M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, n. 8-9, 801 ss.

(15) Il FOIA dell'Unione europea è disciplinato dal Reg. CE n. 1049 del 30 maggio 2001; sullo stesso D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, n. 5, 1019 ss.; G. SGUEO, *L'accessibilità ad atti e informazioni nell'Unione europea: un percorso in divenire*, in A. NATALINI, G. VESPERINI (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015, 163 ss.; sull'esperienza degli ordinamenti europei e internazionali, in prospettiva comparata, cfr. B.G. MATTARELLA - M. SAVINO (a cura di), *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, 2018.

(16) Il d.lgs. n. 97 del 2016 è stato commentato, tra gli altri, da E. CARLONI, *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Rassegna Astrid*, 2016, n. 4, D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *federalismi.it*, 2016, n. 5, G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, 2017, n. 1, M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, n. 5, p. 593; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *federalismi.it*, 2016, n. 23. L'accesso civico generalizzato, si noti, sottende il riconoscimento di una vera e propria libertà individuale, che rinviene copertura costituzionale nel combinato disposto tra l'art. 117, comma 1, Cost. e l'art. 10 CEDU. La rappresentazione dell'accesso civico generalizzato come libertà induce a ritenere che esso non possa essere funzionalizzato e che, pertanto, il suo esercizio non possa essere denegato in ragione del fine precipuo perseguito (cfr. però *infra* § 2.1.). La rappresentazione di tale libertà come fondamentale indica invece che tale diniego possa essere opposto soltanto in ragione di eccezioni legislativamente previste, nel rispetto del principio di riserva di legge (cfr. però *infra* 2.2. e nota 17 e 40).

(17) Per una ricostruzione del dibattito, cfr. M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. Amm.*, 2019, n. 3, p. 453 ss.; per un'analisi delle tendenze giurisprudenziali, cfr. invece A. MOLITERNI, *La via italiana al "FOIA": bilancio e prospettive*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, n. 1, p. 23 ss.

(18) Le due prassi sono analizzate in A. CORRADO, *Il tramonto dell'accesso generalizzato come "accesso egoistico"*, in *federalismi.it*, 2021, n. 11.

(19) Il termine "affievolimento" riporta alla mente dell'amministrativista la nota teoria con cui una parte della scienza giuridica e della giurisprudenza spiega la natura delle situazioni giuridiche soggettive. Tale termine, è allora necessario precisare, nel presente scritto non vuole alludere in alcun modo all'anzidetta teoria, né connotare l'accesso civico come diritto soggettivo o interesse legittimo. Esso, più semplicemente, viene inteso come sinonimo di "recessività" e utilizzato per rappresentare la tendenza ad applicare le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, assumendo che l'interesse alla conoscibilità debba necessariamente recedere dinanzi alla mera prospettazione di un pregiudizio per l'interesse alla riservatezza.

([10]) Cons. St., sez. V, sent. 12 febbraio 2020, n. 1121, resa su TAR Lazio, sez. III, sent. 1° agosto 2019, n. 10202.

([11]) Cfr. A. MOLITERNI, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. Amm.*, 2019, n. 3, p. 577 ss., e in particolare p. 597 ss.: «L'istituto dell'accesso civico generalizzato è stato [...] letto e interpretato attraverso le tradizionali e consolidate "lenti di osservazione" dell'accesso documentale e proprio in ragione del confronto con tale disciplina, si è, tra l'altro, «eccessivamente valorizzato l'elemento teleologico volto ad assicurare un "controllo generalizzato sull'attività amministrativa" (poiché invece espressamente escluso dalla l. n. 241 del 1990)» e «sottolineata l'assenza di una posizione giuridica qualificata in grado di fronteggiare "ad armi pari" gli interessi pubblici e privati contrapposti (in quanto vero asse portante di tutta la disciplina sull'accesso documentale)».

([12]) Il problema inerente al coordinamento tra le diverse forme di accesso presenti nel nostro ordinamento è stato approfondito da F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *federalismi.it*, 2019, n. 10, che avverte come «per il principio dell'eterogeneità dei fini, le moltiplicazioni degli interventi legislativi, anziché aumentare l'effettività della garanzia di trasparenza, abbia finito o potrebbe finire con il ridurre a mera declamazione il diritto di accesso». Lo stesso A. si sofferma proprio sulla formula della "diversa profondità ed estensione" delle due forme di accesso, denunciando la tendenza della scienza giuridica «a descrivere esteriormente la differenza e a parlare di maggiore o minore profondità dell'accesso nell'uno e nell'altro caso, senza attribuire alcun preciso significato giuridico alla suddetta diversa profondità». Sullo stesso problema si sofferma anche G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, 2017, n. 1 e S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *federalismi.it*, 2016, n. 23.

([13]) Cons. St., 2020/1121, cit.

([14]) La tesi della funzionalizzazione può essere fatta risalire alla sentenza del TAR Lazio, sez. II-*bis*, 2 luglio 2018, n. 7326, ove per la prima volta si afferma che «per quanto la legge non richieda l'esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, deve intendersi implicita la rispondenza della stessa al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica e non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale, egoistico o peggio emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, rischierebbe di compromettere le stesse istanze alla base dell'introduzione dell'istituto»; da allora alcuni giudici amministrativi si sono espressi nello stesso senso, cfr. TAR Lazio, sez. I, 23 luglio 2018, n. 8302-8303, TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 22 novembre 2018, n. 347, TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 6 marzo 2019, n. 2019; TAR Lazio, sez. I-*quater*, 28 marzo 2019, n. 4122. La sua prospettazione, si noti, era stata anticipata da E. CARLONI, *Se questo è un FOIA*, cit. e F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso*, cit., p. 5, ove si avvertiva come la confusione tra le diverse forme di accesso avrebbe potuto «portare a riferire anche all'accesso civico, e non solo all'accesso procedimentale, l'affermazione per cui il diritto di accesso non si sostanzierebbe in un'azione popolare e neppure potrebbe tradursi in un controllo generalizzato sulla legittimità dell'azione amministrativa, con l'effetto di consentire la introduzione di filtri della più varia natura finalizzati a circoscrivere, comunque sotto il profilo soggettivo, l'interesse ad agire nelle forme dell'accesso civico»; sulla funzionalizzazione dell'accesso civico cfr. altresì G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, in G. GARDINI e M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 54 ss.

([15]) La funzionalizzazione è alla base del tentativo di assimilazione del diritto di accesso civico alla c.d. azione popolare; in merito, oltre a G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, cit., p. 19 ss., cfr. G. TROPEA, *Forme di tutela giurisdizionale dei diritti d'accesso: bulimia dei regimi, riduzione delle garanzie?*, in *Il Processo*, 2019, n. 1, p. 20 ss., e V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 2018, n. 11.

([16]) Cfr. Cons. St. 2020/1121, cit., secondo cui «Lo strumento in esame può [...] essere utilizzato solo per evidenti ed esclusive ragioni di tutela di interessi propri della collettività generale dei cittadini, non anche a favore di interessi riferibili, nel caso concreto, a singoli individui od enti associativi particolari». Il collegio, peraltro, consapevole del fatto che il tentativo di funzionalizzazione esperito non trova riscontro all'interno del d.lgs. n. 33 del 2013, tenta di giustificare la propria presa di posizione sul piano processuale; secondo lo stesso «non si tratterebbe di imporre per via ermeneutica un onere non previsto dal legislatore, bensì di verificare se il soggetto agente sia o meno legittimato a proporre la relativa istanza. Nel giudizio amministrativo la sussistenza dell'interesse e della legittimazione ad agire è infatti valutabile d'ufficio in qualunque momento del giudizio. La mancanza dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione è rilevabile d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo (art. 35, comma primo, Cod. proc. amm.), poiché essi costituiscono i fattori ai quali la legge, per inderogabili ragioni di ordine pubblico, subordina l'esercizio dei poteri giurisdizionali». Il giudice, tuttavia, così trascura che la titolarità della situazione giuridica soggettiva ai sensi – e alle condizioni – di cui all'art. 5, comma 2 e 3, è strettamente correlata alla legittimazione ad agire in giudizio a cui egli stesso fa riferimento.

([17]) La funzionalizzazione, peraltro, in mancanza di un fondamento legislativo, sarebbe incompatibile con il *right to know*, oltre che ontologicamente, per la natura di tale diritto, che, in quanto fondamentale, ai sensi del combinato disposto tra l'art. 117, comma 1, Cost. e l'art. 10 CEDU, non tollerebbe limitazioni finalistiche, giuridicamente, perché violerebbe la riserva di legge, che, proprio ai sensi del suddetto combinato disposto, dovrebbe presiedere alle anzidette limitazioni.

([18]) Cfr. Cons. St., Ad. Plen., sent. 2 aprile 2020, n. 10. La pronuncia è stata commentata da F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *federalismi.it*, 2021, n. 20. A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fini ai dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, 2020, n. 16; A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, n. 4.

([19]) Il termine “affievolimento”, occorre ribadire, nel presente scritto è inteso come sinonimo di “recessività”, ed è utilizzato esclusivamente per rappresentare la tendenza ad applicare le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis come se l'interesse alla conoscibilità dovesse necessariamente recedere dinanzi alla mera prospettazione di un pregiudizio per l'interesse alla riservatezza (cfr. *supra* nota 9).

([20]) Cfr. A. MOLITERNI, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato*, cit. La tesi dell'affievolimento interroga l'effettività dell'accesso civico generalizzato di fronte alla tendenza dell'amministrazione alla segretezza di “diritto” o di “fatto” dei documenti e dei dati da essa detenuti; in proposito, sia consentito rinviare a F.V. VIRZÌ, *L'effettività dell'accesso civico generalizzato: il caso degli accordi in forma semplificata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, n. 5, p. 641 ss.

([21]) *L'harm test*, segnatamente, richiede che, in vista dell'eventuale diniego, si valuti soltanto se l'accesso danneggi uno degli interessi-limite; il *public interest* o *public interest override test* richiede di considerare, in aggiunta, il danno che il diniego comporterebbe per l'interesse all'accesso, nell'ambito di una valutazione comparativa (c.d. *balancing test*).

([22]) L'opzione tra l'*harm test* e il *public interest test*, peraltro, reca con sé un ulteriore riflesso, inerente alla qualificazione dell'accesso generalizzato quale “diritto soggettivo” in senso stretto. La questione, a lungo dibattuta, non può essere qui adeguatamente trattata, è d'uopo però sottolineare che il test dell'interesse pubblico, postulando un bilanciamento di interessi e quindi l'esercizio di un potere discrezionale, sembrerebbe prefigurare una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, che peraltro, occorre precisare, non sarebbe di per sé incompatibile con la connotazione fondamentale del *right to know*.

([23]) TAR Lazio, 2019/10202, cit.

([24]) Cons. St. 2020/1121, cit.

([25]) TAR Lazio, 2019/10202, cit.

([26]) Cfr. Reg. CE n. 1049/2001, art. 4, par. 2.

([27]) La sentenza del Cons. St. 2020/1121, cit., in proposito, appare tutt'altro che isolata. La giurisprudenza di recente è intervenuta sul tema dell'accesso generalizzato alle politiche migratorie con le pronunce del Consiglio di Stato, Sez. III, sent. 2 settembre 2019, n. 6028 e del TAR Lazio, Sez. I ter, sent. 7 agosto 2018, n. 8892, rese sul diniego di accesso al *Memorandum* d'intesa con lo Stato della Libia, e del TAR Lazio, Sez. III ter, sent. 16 novembre 2018, n. 11125, resa sul diniego di accesso all'accordo di cooperazione con la Repubblica del Niger, su cui cfr. F.V. VIRZÌ, *L'effettività dell'accesso civico generalizzato*, cit. L'accesso civico generalizzato nei suddetti casi era volto a rendere conoscibile il contenuto di accordi bilaterali, la cui sottoscrizione in forma semplificata (o semi-semplificata) aveva consentito al Ministero degli Affari esteri e della Cooperazione internazionale di mantenere il riserbo su alcune pratiche di esternalizzazione dei controlli di frontiera. Le tre sentenze lasciano tutte trapelare una certa superficialità da parte del giudice nella valutazione della motivazione allegata al diniego, che – in linea con l'art. 5-bis, commi 1, 4 e 5, del d.lgs. n. 33 del 2013 – dovrebbe rendere conto non soltanto della rilevanza dell'interesse alla riservatezza, ma anche della rilevanza dell'interesse all'accesso e della prevalenza dell'uno interesse sull'altro, all'esito di una valutazione comparativa condotta nel rispetto del principio di proporzionalità. Nel caso del *Memorandum* libico, il giudice non censura il diniego nonostante nella motivazione non si facesse alcun riferimento all'interesse all'accesso. Nel caso dell'accordo nigerino, si accontenta invece di una motivazione in cui ci si limita ad affermare di aver tenuto in considerazione tale interesse. L'atteggiamento di deferenza del giudice dinanzi alle esigenze di riservatezza, probabilmente, può essere spiegato in ragione della sensibilità degli interessi pubblici che l'accesso generalizzato, nell'ambito delle politiche migratorie, può esporre a pregiudizio (nelle sentenze citate si richiama l'interesse sotteso alle relazioni internazionali, alla difesa, alle questioni militari, all'ordine e alla sicurezza pubblica). Tale atteggiamento, tuttavia, reca con sé il rischio di legittimare, nella prassi, l'integrale sottrazione delle suddette politiche al principio di trasparenza e la surrettizia introduzione, in luogo del diritto di accesso generalizzato, di un diniego generalizzato di accesso rispetto ai documenti che le riguardano.

([28]) Cfr. A. CORRADO, *Il tramonto dell'accesso generalizzato come “accesso egoistico”*, cit., p. 8, «Deve considerarsi che il richiamo normativo al “pregiudizio concreto”, da scongiurare da parte dell'amministrazione, impone che si proceda a valutare il rischio del pregiudizio non come astratta possibilità, ma come conseguenza realistica dell'ostensione», nonché F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso*, cit., p. 16 ss., «[è] l'amministrazione che deve decidere se la conoscenza pregiudichi un contrapposto interesse, pubblico o privato che sia; il che significa apprezzare e ponderare i diversi interessi per giungere alla

conclusione che il diniego è necessario per evitare il pregiudizio dell'interesse ritenuto prevalente dal legislatore». Il ruolo attivo dell'amministrazione nella valutazione sul pregiudizio dell'interesse, pubblico o privato, alla riservatezza, peraltro, secondo l'A., non può non retroagire sulla tesi della funzionalizzazione, confermandone la sua inadeguatezza: «Il fatto che l'interesse alla conoscenza venga fatto dipendere dall'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione ha conseguenze significative sulla comprensione della natura di un tale interesse e delle modalità e dei limiti della sua protezione. Spiega e si correla al fatto che non è necessario vantare la titolarità di una situazione soggettiva qualificata per poter agire e che si può agire *uti civis* perché le forme e i limiti della protezione di tale interesse sono quelle consentite e riconosciute nei confronti del merito delle decisioni amministrative, ovvero quelle proprie dell'interesse semplice. Salva sempre la possibilità che nello specifico del caso concreto il mancato rispetto delle garanzie procedurali o la violazione dei limiti intrinseci alla spendita della discrezionalità amministrativa consentano di sostanziare la situazione in termini d'interesse legittimo, in presenza di interessi sufficientemente differenziati».

([29]) L'Ad. Plen., 2020/10, facendo riferimento all'interesse privato alla riservatezza, afferma in particolare che la tutela dello stesso «può e deve essere conseguito appunto, in una equilibrata applicazione del limite previsto dall'art. 5-bis, comma 2, lett. c), del d. lgs. n. 33 del 2013, secondo un canone di proporzionalità, proprio del test del danno (*c.d. harm test*), che preservi il *know-how* industriale e commerciale dell'aggiudicatario o di altro operatore economico partecipante senza sacrificare del tutto l'esigenza di una anche parziale conoscibilità di elementi fattuali, estranei a tale *know-how* o comunque ad essi non necessariamente legati, e ciò nell'interesse pubblico a conoscere, per esempio, come certe opere pubbliche di rilevanza strategica siano realizzate o certi livelli essenziali di assistenza vengano erogati da pubblici concessionari».

([30]) TAR Lazio, sent. 2021/8838, cit., «Il Collegio non ravvede ragioni per discostarsi da quanto statuito dal Consiglio di Stato, Sezione III, in altro caso sovrapponibile a quello *sub judice* e deciso con sentenza n. 1121/2020, cui rinvia ai sensi e per gli effetti dell'art. 88, comma 2, lett. d) c.p.a.», ove, com'è noto, è previsto che la sentenza del giudice amministrativo debba contenere una concisa esposizione in fatto e in diritto della decisione «anche con rinvio a precedenti cui intende conformarsi».

([31]) TAR Lazio, sent. 2021/8838, cit. La prospettazione della tesi della funzionalizzazione rispetto all'accesso civico semplice, si diceva, appare inedita essendosi la stessa formata con specifico riferimento all'accesso civico generalizzato. Tale esito, tuttavia, era stato pronosticato da F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva*, cit., sulla scorta della sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019: «la motivazione di una decisione sostanzialmente giusta, laddove garantisce e limita l'obbligo di trasparenza alla conoscenza di come vengano impiegate le risorse pubbliche, scivola sul terreno del sindacato sulle finalità perseguite dall'accesso civico, avallando la possibilità di limitazioni d'ordine generale sotto questo profilo. Apprezzamento della possibile esposizione al rischio corruttivo e effettiva utilità dell'informazione diventano in tal modo presupposti che condizionano l'esercizio del diritto di accesso civico». Lo stesso A., in proposito, non manca di ribadire come sia «indubbio che in ambedue i casi il diritto d'accesso venga configurato come diritto civico, azionabile cioè da qualsiasi cittadino *uti civis*». La sentenza della Corte Costituzionale citata è stata commentata, tra gli altri, da F. CAPORALE, *La parabola degli obblighi di pubblicazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2021, n. 3, pag. 853.

([32]) TAR Lazio, sent. 2021/8838, cit.

([33]) Cons. St., 2022/4735, §7 ss. e in particolare §7.3., ove si conclude statuendo che «L'impugnata sentenza del Tar Lazio, che ha ritenuto necessarie l'allegazione e la prova di un interesse "proprio della generalità dei cittadini", non essendo in linea con il dato normativo e con la riferita interpretazione dell'Adunanza plenaria, va pertanto riformata *in parte qua*».

([34]) Cons. St., 2022/4735, § 8.1. La tesi della funzionalizzazione è stata sfruttata in tal senso dal TAR Lazio, sez. III-bis, 30 marzo 2018, n. 3598, in cui, facendo leva sull'art. 5, comma 2, dlgs. n. 33/2013, si è ritenuto illegittimo il diniego all'istanza di accesso sulle «relazioni, appunti, informative ecc. che non hanno assunto natura provvedimento né si sono trasferiti in atti ufficiali, neppure in fase istruttoria», poiché tali atti «non esprimono attività di gestione dell'amministrazione»; *contra*, TAR Emilia-Romagna, sez. I, 28 novembre 2018, n. 325: «non è possibile sostenere che le finalità identificate dall'art. 5, comma 2, [...] debbano trovare diretta declinazione nella tipologia di documenti richiesti, innanzitutto perché è arduo individuare un atto pubblico che, in un regime di trasparenza e democraticità delle istituzioni, debba restare interno e non conoscibile – al di fuori dei limiti di tutela riconosciuti agli interessi pubblici e privati «sensibili»».

([35]) Cons. St., 2022/4735, § 8.2. Il collegio censura proprio tale tentativo, sottolineando come ai sensi della l. n. 839, «ciò che rileva ai fini dell'obbligo di pubblicazione degli accordi internazionali, compresi quelli in forma semplificata, non è [...] la loro natura amministrativa o politica, quanto piuttosto l'assunzione, da parte dello Stato italiano, di impegni nei confronti di uno Stato estero»; e come tale interpretazione letterale possa trovare riscontro nella stessa *ratio* della l. n. 839, con cui il legislatore «ha inteso perseguire il duplice obiettivo di consentire il controllo democratico, dei cittadini e delle Camere, sulla politica estera del Governo e, per tale via, di contrastare il fenomeno, ben noto alla dottrina costituzionalistica, della "fuga" dall'autorizzazione parlamentare alla ratifica prevista dall'art. 80 della Costituzione per il caso di trattati "di natura politica"». La conclusione che ne deriva è che ove si ravvisi l'obbligo di pubblicazione ai sensi della menzionata previsione normativa, il suo inadempimento comporta che gli accordi in discussione possano essere oggetto di accesso civico semplice.

([36]) Cons. St., 2022/4735, § 8.3.

([37]) Cons. St., 2022/4735, § 8.3.

([38]) Cons. St., 2022/4735, § 8.3.

([39]) Cons. St., 2022/4735, § 8.4.

([40]) L'intervento legislativo, d'altra parte, è auspicabile rispetto a un'altra causa di affievolimento dell'accesso civico, vale a dire, l'identificazione dell'interesse alla riservatezza all'interno delle previsioni regolamentari, adottate per escludere determinate categorie di atti dall'accesso documentale. L'art. 5-*bis*, comma 3, in effetti, tra le cause di esclusione dell'accesso civico generalizzato annovera i «casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990». Tale previsione andrebbe modificata al fine di rafforzare il suddetto interesse, anche in considerazione del carattere fondamentale del diritto alla conoscibilità, che, ai sensi dell'art. 10 CEDU, è coperto da riserva di legge; è significativo, infatti, come lo stesso Ministero per la pubblica amministrazione, all'interno della circolare n. 2/2017, *Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA)* – su cui cfr. *infra* nel testo e in nota successiva – si appunti su tale riserva di legge per tentare di mitigare le conseguenze dell'incauto riferimento contenuto nel Testo unico: per essa «ciascuna amministrazione può disciplinare con regolamento, circolare o altro atto interno esclusivamente i profili procedurali e organizzativi di carattere interno. Al contrario, i profili di rilevanza esterna, che incidono sull'estensione del diritto (si pensi alla disciplina dei limiti o delle eccezioni al principio dell'accessibilità), sono coperti dalla suddetta riserva di legge» di modo che «diversamente da quanto previsto dall'art. 24, comma 6, legge n. 241/1990 in tema di accesso procedimentale, non è possibile individuare (con regolamento, circolare o altro atto interno) le categorie di atti sottratti all'accesso generalizzato».

([41]) Il principio della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo è enunciato nella circolare del Ministero della pubblica amministrazione n. 2/2017, cit., al § 2.2., let. i), ove si legge «Nei sistemi FOIA, il diritto di accesso va applicato tenendo conto della tutela preferenziale dell'interesse a conoscere. Pertanto, nei casi di dubbio circa l'applicabilità di una eccezione, le amministrazioni dovrebbero dare prevalenza all'interesse conoscitivo che la richiesta mira a soddisfare». Lo stesso principio, peraltro, è condiviso anche all'interno delle *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013*, adottate dall'A.N.A.C. con delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, che al § 2.1. sollecitano a valorizzare i principi delineati dal Testo unico come «canone interpretativo in sede di applicazione della disciplina dell'accesso generalizzato da parte delle amministrazioni e degli altri soggetti obbligati, avendo il legislatore posto la trasparenza e l'accessibilità come la regola rispetto alla quale i limiti e le esclusioni previste dall'art. 5-*bis* del d.lgs. 33/2013, rappresentano eccezioni e come tali da interpretarsi restrittivamente».

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2355 – 2 giugno 2022

Il processo amministrativo dopo il Covid

di Francesco Volpe

1. Di tutti i lasciti del periodo pandemico al processo amministrativo, il più rilevante è dato dall'acquisita familiarità con una telematizzazione spinta del giudizio.

L'esperienza ha dimostrato che alcune di queste novità emergenziali non sono incompatibili con un ordinato svolgimento del processo e con l'organizzazione del lavoro nella Curia e negli studi legali[1]. Ne sono sorte, anzi, non poche conseguenze migliorative[2].

I timori legati al necessario apprendistato tecnologico si sono rivelati eccessivi e oggi possiamo riconoscere che l'epidemia ha fatto compiere un *salto* o, meglio, ha consolidato quel *salto* iniziato nel 2016 con l'introduzione del processo telematico.

2. Nel complesso, tutto questo è stato un bene.

Alcuni aspetti del consolidamento tecnologico lasciano, però, perplessi.

Ad esempio, il sistema ripone troppa fiducia sulle p.e.c. Esse sono il pilastro di tutto il p.a.t., ma sono uno strumento molto fragile, cosicché il processo telematico rischia di rivelarsi una statua di bronzo dai piedi d'argilla.

Anche senza affrontare i profili tecnici (è noto che i *software di* posta elettronica sono tra i mezzi di trasmissione dei dati meno *solidi*), una p.e.c., in definitiva, è una semplice *mail* e sono molti i disguidi che possono portare a trascurarla.

Ecco che l'affollamento della casella può far saltare un messaggio; che l'utilizzo di diversi dispositivi di consultazione può far segnare *come letta* una *mail* quando in realtà non è stata letta per niente. La p.e.c. arriva quando vuole lei e non una volta al giorno con il portalettere: si è portati a leggerla subito, quando si sta facendo dell'altro e perciò si rimanda a dopo il prendersene cura. Ma dopo ci si dimenticherà di farlo.

Si obietterà che questi inconvenienti sono superabili con l'ordinaria diligenza.

Non è del tutto vero, perché detti fattori vanno moltiplicati per il numero delle loro incidenze, che quando è elevato li trasforma in un dato statistico. Non si tratta di chiedersi *se* l'errore capiterà; ci si deve chiedere *quando* capiterà, magari facendo perdere un avviso di perenzione o la notifica di un appello.

È, tuttavia, irragionevole che l'esito di una causa possa dipendere da una disattenzione, tutto sommato, non troppo grave[3].

3. Anche altre novità vanno considerate con molta attenzione, benché fossero in gestazione da tempo, avendo trovato nell'epidemia solo un pretesto.

La prima riguarda il trasferimento integrale della competenza sulla disciplina del p.a.t. dal Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente del Consiglio di Stato[4].

Era già discutibile in sé che detta disciplina fosse riferita a un atto amministrativo neppure di natura regolamentare, perché l'art. 108 Cost. stabilisce pur sempre il principio della riserva di legge nella materia processuale[5].

Ma è più grave ancora che la disciplina del processo telematico sia stata consegnata al giudice che poi è chiamato ad applicarla, perché, per essere terzo rispetto alle parti, quel giudice deve essere terzo anche rispetto al regime del processo.

Inoltre, il trasferimento delle competenze sembra avere trasformato lo stesso ruolo del Consiglio di Stato. In modo simile a certe autorità indipendenti, il Consiglio di Stato ha acquisito, con la competenza sul p.a.t., un carattere di *autorità di regolazione*. Questo carattere, oggi, è solo marginale, ma i suoi sviluppi non sono prevedibili, visto che già si vorrebbe *recuperare* il *dimenticato* art. 14 del Testo Unico del 1924, dove si dice che lo stesso Consiglio “formula quei progetti di legge ed i regolamenti che gli vengono commessi dal Governo”[6].

Ad ogni modo, si è obiettato che il trasferimento delle competenze sul p.a.t. sarebbe solo formale, perché la disciplina del processo telematico resterebbe affidata alle *stesse persone*. Cioè proprio ai Consiglieri di Stato, chiamati ad agire ora come investiti della funzione a loro propria, ora come magistrati distaccati presso il Governo.

Questo rilievo è persuasivo, ma pone l'accento sul non meno sensibile problema delle cosiddette *porte girevoli*. Si tratta di un tema di viva attualità, dai contorni opachi e tale da incidere persino sull'effettività della rappresentanza democratica e sul principio di divisione dei Poteri[7].

4. Un altro lascito dell'epidemia è stato l'accentuarsi della pluralità dei riti, perché sono stati introdotti anche quello a stralcio[8] e quello d'immediata definizione (art. 72 *bis* c.p.a)[9].

Sono attualmente vigenti undici riti speciali e, anche nelle controversie ordinarie, sussistono otto sistemi alternativi per giungere a sentenza[10]. Questi ultimi dipendono quasi tutti dalla decisione del giudice e non dipendono dalle peculiarità della domanda presentata.

Il tutto vale a prescindere dalle prassi informali – favorite dall'adozione di protocolli locali – che aggravano la frammentazione dei riti, regionalizzandoli.

Il vecchio processo amministrativo, costruito in modo molto semplice (sia pure perché legato all'esistenza della sola azione di annullamento), si sta così trasformando in una *selva intricata*, con varietà di termini decadenziali e di preclusioni, a imitazione delle più discutibili riforme portate al processo civile.

La questione dei termini evidenzia non poche incongruenze. Basti pensare agli incerti confini dei processi a termini dimidiati[11] o alla stranezza per cui un provvedimento di diniego segue il regime ordinario dell'art. 29, mentre il pressoché equivalente silenzio-inadempimento va contestato con le forme degli artt. 31 e 117 c.p.a.[12].

Ogni preclusione – come, ad esempio, quelle che operano sui documenti e sulle memorie producibili *ex art.* 73 c.p.a., quando il giudice definisce la lite in sede cautelare – può, invece, portare a sentenza una causa immatura e rendere una giustizia meno puntuale.

L'affanno di svuotare i ruoli non giustifica sempre una risoluzione delle cause tanto sommaria. Il risultato, anzi, è incompatibile con la cura, per altri aspetti ricercata, di formare un ceto magistratuale particolarmente preparato. Non ha senso dotarsi di un giudice di raffinata professionalità, se poi le controversie vengono trattate in modo sbrigativo.

5. Un'altra riforma da cui possono derivare serie conseguenze è data dall'art. 17, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, che ha abrogato la cancellazione della causa dal ruolo e ha stabilito forti limiti al potere del giudice di concedere rinvii, a completamento di quanto a suo tempo introdotto con l'irrinunciabilità dell'istanza di fissazione dell'udienza.

La riforma ha lo scopo di ridurre i casi in cui il collegio vede sprecato il proprio studio dei fascicoli dall'insorgenza di sopravvenute istanze di differimento.

Detta motivazione è condivisibile solo in parte, perché la lite, infine, è nella disponibilità delle parti, rispetto alla quale le esigenze del giudice non debbono prevalere. Non si capisce, dunque, perché, se tutte le parti costituite chiedessero un differimento, il giudice dovrebbe essere vincolato a imporre la definizione immediata della controversia[13].

Va sfatato il mito retrostante a queste impostazioni. Il processo non è un servizio pubblico contingentato, perché è ben di più. È una delle funzioni fondamentali e, anzi, costitutive

dello Stato. Per questo motivo, la giustizia non può essere *erogata* in modo contingentato. Si aumentino dunque i ruoli dei magistrati, ma non si diminuiscano le tutele.

È, d'altra parte, risaputo che ogni intervento operato d'ufficio dal giudice, quando non sia meramente strumentale alla prosecuzione della causa, altera la posizione processuale delle parti, favorendone alcune a scapito delle altre, con potenziale violazione del principio della parità delle armi. Tutto questo è quel che appunto può avvenire quando il giudice nega il rinvio o quando gli è preclusa la cancellazione della causa dal ruolo che le parti gli abbiano concordemente sollecitato.

Aggiungo che la cancellazione della causa dal ruolo, di cui compariva un breve cenno solo nell'art. 71 c.p.a., era un istituto sottovalutato, perché male utilizzato.

Essa era talvolta imposta dal giudice con coloriture *para-sanzionatorie* del ricorrente, se ritenuto colpevole di una condotta processuale disinvolta.

Non era questo, tuttavia, il corretto utilizzo dell'istituto. La cancellazione avrebbe dovuto corrispondere alla sospensione volontaria del processo, disciplinata dall'art. 296 c.p.c.^[14] In quanto tale, la cancellazione era uno strumento utilizzabile solo su istanza di tutte le parti costituite in una prospettiva di piena disponibilità della controversia.

Con la cancellazione della causa dal ruolo, si è perso, così, uno strumento che, se correttamente impiegato, sarebbe stato utile nell'interesse di tutte le parti per una proficua gestione della lite e, indirettamente, per una opportuna definizione degli stessi rapporti della fattispecie sostanziale.

6. La cancellazione della causa dal ruolo stimola a parlare dell'istanza di fissazione dell'udienza, a riguardo della quale la novità è data dal fatto che non c'è stata nessuna novità, quando invece essa sarebbe stata opportuna.

Quanto, infatti, all'istanza di fissazione da prodursi in conseguenza del deposito del ricorso, questa è diventata un formalismo che non merita di essere conservato.

Ha acquisito rilievo, invece, l'istanza collegata alla perenzione ultraquinquennale^[15], che, come è noto, consente al giudice di sgravarsi dal dovere di rispondere sul merito della domanda in virtù del proprio stesso inadempimento al preliminare dovere di fissare l'udienza.

In Italia, la perenzione per decorrenza infruttuosa del processo fu introdotta insieme all'istituzione delle sezioni regionali della Corte dei conti, quale strumento eccezionale per sfrontare l'ormai ingestibile arretrato accumulatosi nel contenzioso previdenziale^[16]. Solo in ragione di tale eccezionalità, e non senza incertezze, poteva essere sostenuta la sua compatibilità con l'art. 24 della Costituzione.

Trasfusa nel processo amministrativo, detta perenzione è diventata un istituto ordinario.

Esso, però, è incivile ed è indegno di uno Stato moderno, che si vanti di garantire la piena tutela dei diritti.

Ne è consapevole qualunque avvocato abbia dovuto spiegare a un cliente che, dopo cinque anni, non solo il ricorso non è stato definito, non solo non è mai stato considerato dal giudice, ma è anche necessario ripetere un atto di impulso per evitare l'estinzione del processo.

7. Dal Covid è derivata un'ulteriore novità, benché essa non sia esclusiva del processo amministrativo[17]. Alludo all'Ufficio del processo e, con esso, alla creazione di una sorta di *assistenti* del giudice, i cui compiti sono ancora poco definiti.

In generale, temo che l'Ufficio del processo possa risolversi in uno strumento poco utile; altrimenti, sarà tale da portare a conseguenze inaccettabili.

Se, infatti, agli addetti all'Ufficio spettasse un semplice compito *istruttorio* sul fascicolo, il giudice sarebbe naturalmente portato a dubitare dell'affidabilità dello studio preliminare consegnatogli e, quindi, sarebbe spinto a ripetere in prima persona l'attività già da altri svolta, con dispersione dei mezzi impiegati.

Diverso sarebbe se all'addetto, fattosi novello Barbarius Philippus[18], fosse affidato, in modo surrettizio e sostanziale, un vero compito decisionale. È evidente, però, che questo secondo modello, benché effettivamente utile all'accelerazione dei processi, sarebbe in contrasto con il corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, che può essere esercitata solo dai magistrati che ne siano stati ritualmente investiti.

In ogni caso, l'incarico degli addetti all'Ufficio del processo, durando poco più di un anno, è troppo breve. Si impegnano tempo e risorse per la formazione di queste nuove figure e, dopo averle addestrate, ci si priva del loro contributo proprio quando esso comincerebbe a essere davvero proficuo.

Pure i compensi di questi *assistenti* giudiziari, a mio avviso, sono troppo modesti, sia per la delicatezza della funzione assegnata, sia al fine di attrarre forza lavoro qualificata e, perciò, anche affidabile.

8. Vi sono due ultimi lasciti del periodo pandemico, ma non sono scritti nelle leggi.

Quanto al primo, dopo questi due anni, mi pare di cogliere una sorta di *atmosfera rarefatta*, quasi come l'aria che si respira in alta montagna, nel modo con cui i processi vengono celebrati. L'ambiente sembra sterilizzato e questo mal si concilia con il fatto che il giudizio è dialettica, concitazione e *sangue*.

Ho la sensazione – inevitabilmente soggettiva – che stia emergendo un processo amministrativo più *aristocratico* e ripiegato su una tipologia *elitaria* di contenzioso. Quando a me pare che la funzione del giudice amministrativo sia quella di garantire a ciascun cittadino un sistema di tutele prossimo e facilmente esperibile contro la preminente autorità imperativa dello Stato.

Il giudice amministrativo è, infatti, il giudice delle libertà e dei *diritti pubblici soggettivi*.

A me pare che il giudice amministrativo decida sempre meno sulle libertà e sempre più su questioni di forte impatto economico, legate a un sistema produttivo così tanto influenzato dagli interventi della mano pubblica.

Il giudice amministrativo è diventato anche un giudice di controversie tra privati, perché tali sono molte liti in materia di appalti, in cui la parte resistente assiste indifferente allo scontro per l'aggiudicazione della gara tra il ricorrente e il controinteressato, vere parti sostanziali del processo.

Quando pure, in questi due anni, il giudice si è occupato di libertà (mi riferisco, ad esempio, al contenzioso sugli obblighi di prevenzione sanitaria), l'impressione è che talvolta siano state seguite linee interpretative poco coraggiose, se non conformiste o addirittura suppletive dell'azione dell'autorità amministrativa^[19].

Un mutamento nel senso ora raffigurato costituirebbe un tradimento della natura storicamente e ideologicamente propria del giudice amministrativo. Inoltre, esso potrebbe portare, negli anni e con le prassi, all'instaurazione di un modello di giustizia *octroyée*, che deve essere contrastata con energia.

9. Vi è, infine, un ultimo lascito *di fatto* del Covid che è dato dalla diminuzione del contenzioso.

Quasi in ogni parte d'Italia, i nuovi ruoli si sono assottigliati e pure l'arretrato probabilmente si è ridimensionato.

Forse, si dovrebbe approfittare dell'occasione per tentare una riforma generale del processo amministrativo, capace di condurre a una maggiore celerità dei giudizi e a una maggiore efficacia delle tutele, senza troppo temere l'impatto sullo svolgimento delle funzioni correnti che una tale iniziativa potrebbe arrecare.

Se si condivideranno queste considerazioni, mi si consentirà di esprimere le mie proposte *de iure condendo*, maturate (e revisionate) lungo alcuni anni.

Esse passano attraverso alcuni punti fondamentali, che qui riepilogo.

1) In primo luogo, propongo la trasformazione del rito da un modello di *vocatio iudicis* impura a un modello di *vocatio iudicis* pura^[20]. In concreto, ciò significa posticipare la notificazione del ricorso alla resistente e ai controinteressati a un momento successivo al suo deposito e, soprattutto, successivo al decreto del giudice (da notificarsi unitamente) che fissa l'udienza di trattazione della controversia. Ciò consentirebbe di disporre fin dall'inizio di una prima udienza (a cui eventualmente assegnare funzioni di udienza-filtro, davanti al giudice in composizione monocratica) e di superare il più grave problema del processo amministrativo, che è dato dal non sapere *se e quando* l'udienza sarà fissata e il processo comincerà a marciare.

2) In secondo luogo, traendo ispirazione da quanto avviene in Germania, propongo che, operate le dovute eccezioni e limitazioni, il ricorso produca un automatico effetto sospensivo del provvedimento impugnato. Questo contribuirebbe a sollecitare la definizione dei giudizi

(perché il giudice sarebbe preoccupato di non compromettere l'attività dell'amministrazione), fatta salva, in ogni caso, la possibilità per la parte resistente e per i controinteressati di chiedere provvedimenti cautelari a efficacia invertita rispetto al sistema attuale. Al potere imperativo dell'amministrazione si opporrebbe così un contropotere del privato idoneo a bloccare gli effetti del provvedimento. Il tutto, nella prospettiva di una parità dei rapporti più concreta di quella avanzata da chi vorrebbe ampliare le forme pattizie dell'attività amministrativa, le quali, peraltro, non sono prive di pericoli, giacché, sostituendosi al provvedimento, consentono di giungere a una regolamentazione della fattispecie sostanziale diversa da quella che i principi di tipicità e nominatività consentirebbero.

3) In terzo luogo, a imitazione del modello francese, propongo l'istituzione di Corti di appello, eventualmente su base ultraregionale, con sindacato esteso al fatto, a compensazione di un sindacato del Consiglio di Stato che dovrebbe essere ristretto alle sole questioni di diritto, unitamente alla previsione, in capo a quest'ultimo giudice, di un potere di rinvio al giudice del merito. Ciò affiderebbe al Consiglio di Stato una funzione nomofilattica più raffinata, perché non inquinata dalla specificità della valutazione dei fatti di causa.

4) In quarto luogo, propongo la diminuzione dei casi di competenza funzionale del T.A.R. Lazio, per favorire una deconcentrazione del contenzioso e per disincentivare l'attuale eccessiva vicinanza del giudicante ai più importanti centri decisionali dell'azione amministrativa.

Tutte queste proposte devono intendersi accompagnate da altre, più di dettaglio, sulle quali è possibile qui diffondersi.

Come tutte le proposte, esse sono discutibili, ma non lo è il tema della riforma generale del processo.

Dopo tutto, “se non ora, quando”?

[1] Il giudizio è condiviso anche da M.A. Sandulli, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, giustiziainsieme.it, 2021.

[2] Di particolare rilievo è stata l'introduzione delle c.d. *udienze da remoto*, vale a dire celebrate con forme telematiche, fatte oggetto di una disciplina variamente modificata e articolata (soprattutto per quanto attiene alla produzione di *note d'udienza* sostitutive dell'udienza stessa). Con la sperabile cessazione del periodo pandemico, esse sono state conservate nel c.d. rito a stralcio, introdotto con la riforma operata dall'art. 17, d.l. 8 giugno 2021, n. 80, ma è prevedibile che il loro utilizzo verrà esteso anche a altre ipotesi. L'udienza da remoto, nella breve esperienza qui seguita, non ha mancato, tuttavia, di suscitare alcune perplessità, non solo per i motivi, facilmente intuibili, collegati al difetto di compresenza delle parti e del magistrato, ma anche – e a mio modo di vedere – soprattutto per i debiti di collegialità che ne potrebbero derivare. Sul tema si è assistito alla produzione di un fiorente e vivace dibattito. Cfr. F. Volpe, *Riflessioni dopo una prima lettura dell'art. 84, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo*, lexitalia.it, 2020; Id., *Nota all'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28*, lexitalia.it, 2020; *Ancora sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo*, lexitalia, 2020; *Udienze telematiche tra passato e modernità*, amministrativistiveneti.it, 2020; R. de Nictolis, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, Federalismi.it, 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 e 2539 del 2020) riapre alla possibilità di discussione*, federalismi.it, 2020; F. Francario, *La giustizia amministrativa di fronte all'emergenza coronavirus. Le misure straordinarie per il processo amministrativo*, giustiziainsieme.it 2020; ID. *Le nuove misure straordinarie per il processo amministrativo*, giustiziainsieme.it; *Il non-processo amministrativo nel diritto dell'emergenza Covid-19*, giustiziainsieme.it; M.A. Sandulli, *Un brutto risveglio? L'oralità “condizionata” del processo amministrativo*, lamministrativista.it, 2020; Id., *Pregi e difetti del diritto dell'emergenza per il processo amministrativo*, giustiziainsieme.it, 2020; *Covid-19, fase 2. Pregi e difetti del diritto dell'emergenza per il processo amministrativo*, giustiziainsieme.it, 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, federalismi.it, 2020; N. Paolantonio, *Il processo amministrativo dell'emergenza: sempre più speciale*, *l'amministrativista.it*, 2020; G. Vercillo, *Giusto processo amministrativo e rito emergenziale istituito dall'art. 84 del D.L. n. 18/2020*, *federalismi.it*, 2020; C. Cacciavillani, *Controcanto sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo (con riferimento all'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28)*, *giustamm.it*; S. Tarullo, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, *giustamm.it*, 2020; C. Volpe, *Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive*, *giustamm.it*, 2020; V. Sordi, *Il principio dell'oralità secondo la giurisprudenza amministrativa nel periodo dell'emergenza Covid19*, *giustiziainsieme.it*, 2020; P. Clarizia, *Il processo amministrativo e le sfide della digitalizzazione*, *Giornale dir. amm.*, 2021, 559.

[3] L'eventualità ricorre, soprattutto, nell'ipotesi in cui venga inviato dalla segreteria l'avviso di perenzione ultraquinquennale, con il conseguente onere di riproporre l'istanza di fissazione nel termine di centoventi giorni. Reputo che sarebbe un già apprezzabile rimedio prevedere una reiterazione scadenzata dell'avviso, in modo da ridurre, proporzionalmente, la possibilità che l'avviso venga ignorato. Dal punto di vista organizzativo, il rimedio sarebbe facilmente attuale, essendo automatizzabile l'invio di messaggi di posta elettronica a date prestabilite.

[4] La riforma è stata attuata con l'art. 4, d.l. 30 aprile 2020, n. 28, successivamente modificato dall'art. 25, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, il quale ha soppresso la preventiva audizione delle associazioni forensi di categoria, in origine prevista come una sorta di *compensazione* per il trasferimento delle competenze alla Presidenza del Consiglio di Stato. Della questione mi sono già occupato nello scritto F. Volpe, *Ombre sul cielo del processo amministrativo (nuove regole tecniche, udienze da remoto e Consiglio di Presidenza)*, in *unioneamministrativisti.it*, 2021.

[5] Tema non troppo trattato in dottrina, forse anche perché, come qualcuno ha evidenziato, dato per scontato. Sul punto, G. Sorrenti, *Riserva di legge in materia processuale e latitudine del sindacato di discrezionalità*, *Studi in onore di G. Silvestri*, 1, Torino, 2016, 2275, s.

[6] Si veda l'art. 1, comma 4, della proposta di legge n. 3514 – XVIII legislatura, presso la Camera dei deputati (già approvata in Senato sub proposta n. 2230), avente a oggetto “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”: “Ove il Governo, nell'attuazione della delega di cui al presente articolo, intenda esercitare la facoltà di cui all'articolo 14, numero 2°, del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, di cui al regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, il Consiglio di Stato si avvale, al fine della stesura dell'articolato normativo, di magistrati di tribunale amministrativo regionale, di esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato, i quali prestano la propria attività a titolo gratuito e senza diritto al rimborso delle spese. Sugli schemi redatti dal Consiglio di Stato non è acquisito il parere dello stesso”. Si tratta, tuttavia, di un'applicazione dell'art. 14, cit., impropria, perché estesa alle leggi delegate e non ai semplici disegni di legge e, dal punto di vista sostanziale, potrebbe costituire infine una sorta di *subdelega* dell'attività di produzione normativa, la cui compatibilità costituzionale sarebbe discutibile. Del resto, questa iniziativa non può ritenersi fattualmente insignificante, in quanto l'iniziativa del Consiglio di Stato andrebbe a sostituire la pronuncia dell'altrimenti dovuto parere. Benché, in effetti, la sezione Atti normativi del Consiglio esprima spesso indicazioni piuttosto puntuali su quello che dovrebbe essere il definitivo testo normativo, altra è la funzione consultiva e altra è una funzione di vero e proprio impulso.

[7] Il tema è stato portato anche all'attenzione dell'opinione pubblica da alcuni *pamphlet*. V. S. Rizzo, *Potere assoluto*, ed. Solferino, 2022, 150 s.; Anonimo, *Io sono il potere – confessioni di un capo di gabinetto raccolte da Giuseppe Salvaggio*, ed. Feltrinelli, 2020, *passim*.

[8] Art. 17, co. 5 e 6, d.l. 9 giugno 2021, n. 80: “5. 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. Il Presidente del Consiglio dei ministri, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, adegua alle finalità del PNRR, sentito il Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa, il decreto previsto dall'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.

6. La partecipazione dei magistrati alle udienze straordinarie di cui al comma 5 è su base volontaria. Le udienze si svolgono da remoto. Non possono essere assegnati alle udienze straordinarie di smaltimento gli affari di cui agli articoli da 112 a 117 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. 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”.

[9] Introdotto dal medesimo art. 17, citato alla nota che precede: “1. 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. 2. 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”.

[10] Sia consentito rinviare a F. Volpe, *In quanti modi il processo amministrativo giunge a sentenza?*, amministrativisteneti.it, 2021.

[11] Se ne è occupata, ad esempio, la pronuncia Cons. di Stato, Ad. Pl., 27 luglio 2016, n. 22, annotata da G.A. Giuffrè, *I termini dimidiati previsti dal rito speciale appalti si applicano anche alle concessioni di servizi?*, lamministrativista.it, 2016.

[12] Sul tema si voglia considerare la monografia, in corso di pubblicazione di S. Florian, *L'azione di adempimento tra rifiuto di provvedimento e silenzio dell'Amministrazione*.

[13] Sposa, invece, la posizione contraria la pronuncia Cons. G.A.R.S., 31 gennaio 2022, n. 153 (ord.), secondo la quale: “Nell’ordinamento processuale vigente non esiste norma giuridica o principio ordinamentale che attribuisca alle parti in causa il diritto al rinvio della discussione del ricorso, fuori dai casi tassativi di diritto a rinvio per usufruire dei termini a difesa previsti dalla legge. Al di fuori di tali ipotesi, le parti hanno solo la facoltà di illustrare le ragioni che potrebbero giustificare un eventuale differimento dell’udienza. Ciò in quanto alle parti spetta la disponibilità delle proprie pretese sostanziali e, in funzione di esse, del diritto di difesa in giudizio, ma le stesse non hanno anche la disponibilità dell’organizzazione e dei tempi del processo, che compete al giudice, al fine di conciliare e coordinare l’esercizio del diritto di difesa di tutti coloro che si rivolgono al giudice. La decisione finale sui tempi della decisione della controversia spetta al giudice, e la domanda di rinvio deve fondarsi su “situazioni eccezionali” (come recita il comma 1-bis dell’art. 73 c.p.a.: “Il rinvio della trattazione della causa è disposto solo per casi eccezionali, che sono riportati nel verbale di udienza (...)”). Tali situazioni eccezionali possono essere integrate solo da gravi ragioni idonee a incidere, se non tenute in considerazione, sulle fondamentali esigenze di tutela del diritto di difesa costituzionalmente garantite, atteso che, pur non potendo dubitarsi che anche il processo amministrativo è regolato dal principio dispositivo, in esso non vengono in rilievo esclusivamente interessi privati, ma trovano composizione e soddisfazione anche gli interessi pubblici che vi sono coinvolti”.

[14] Cons. di Stato, VI, 11 ottobre 2021, n. 6811: “A differenza di quanto previsto dal codice di rito laddove disciplina all’art. 296 c.p.c. la sospensione del processo su istanza di parte che, in forza del rinvio operato dall’art. 39 c.p.a., costituiva, almeno nel più recente assetto dell’ordinamento processuale amministrativo, il referente di diritto positivo della cancellazione della causa dal ruolo, istituto non previsto espressamente dal processo amministrativo”. Sui rapporti tra la cancellazione dell’a causa dal ruolo e l’istituto della sospensione volontaria del processo civile, v. Cons. di Stato, VI, 14 dicembre 2020, n. 7957; Cons. di Stato, V, 20 ottobre 2004, n. 6799.

[15] Si rammenti, perciò, l’art. 7, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, che ha ridotto a centoventi giorni il termine, previsto dall’art. 82 c.p.a., per il deposito dell’istanza utile a evitare la perenzione del processo.

[16] Art. 6, d.l. 15 novembre 1993, n. 453: “Per i giudizi in materia pensionistica pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, entro il termine perentorio di un anno dalla data dell’insediamento della sezione giurisdizionale competente, la parte che vi ha interesse deve proporre al presidente della sezione istanza per la prosecuzione del giudizio.

2. La mancata o non tempestiva proposizione dell’istanza di cui al comma 1 produce l’estinzione del giudizio, che viene dichiarata d’ufficio.

[17] Art. 17, co. 2 e 3, d.l. 9 giugno 2021, n. 80. Si considerino anche le *Linee guida per lo smaltimento dell’arretrato della Giustizia amministrativa*, approvate con d.P.C.d.S., 8 febbraio 2022.

[18] R. Lucifredi, M.E. Lucifredi Peterlongo, *Contributi allo studio dell’esercizio di fatto di pubbliche funzioni. Barbarius Philippus... servus fugitivus ... praetor designatus est*, Milano, 1965, *passim*.

[19] Desta interesse, ad esempio, la sentenza Cons. di Stato, III, 20 ottobre 2021, n. 7045, che, in materia di obbligo vaccinale, sembra avere, tra l’altro, introdotto materiale probatorio scientifico non allegato dalle parti.

[20] Rivedo così la mia opinione, a suo tempo espressa nello studio F. Volpe, *Per una riforma del processo amministrativo*, dir. proc. amm., 2007, 550 s., in cui presi posizione a favore di un processo impostato sulla *vocatio ad iudicem*.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2423 – 27 luglio 2022

Il processo amministrativo sulle controversie PNRR e le sue criticità

di Francesco Volpe

Sommario: 1. Scopo dell'indagine. – 2. Ambito oggettivo di applicazione dell'art. 3, d.l. 7 luglio 2022, n. 85. – 3. Applicabilità del nuovo rito anche quando sia occulta alle parti e al giudice l'esistenza di un finanziamento PNRR. – 4. La diversità di regime, secondo che sia stata introdotta o no un'istanza cautelare. – 5. La cessazione degli effetti della misura cautelare. – 6. La cessazione degli effetti della misura cautelare e i giudizi introdotti prima dell'entrata in vigore del d.l. 7 luglio 2022, n. 85. – 7. Ricadute sistematiche della cessazione degli effetti della misura cautelare sul processo cautelare in generale e sul processo di ottemperanza. – 8. La fissazione dell'udienza di merito e i termini a difesa delle parti. – 9. Una nuova parte necessaria nel processo amministrativo: l'amministrazione titolare dell'intervento PNRR. Aspetti problematici e profili contraddittori. – 10. La nuova parte necessaria e i giudizi già pendenti. – 11. Conclusioni.

1. Scopo dell'indagine

Per come vengono frequentemente utilizzati, i decreti-legge sono diventati una sorta di *disegni di legge rafforzati* del Governo, assunti in modo da ottenere una calendarizzazione sollecitata da parte delle Camere e in modo da godere di una specie di *efficacia cautelare preventiva* rispetto al momento della loro *approvazione* parlamentare, che è data dalla legge di conversione.

Come tutti i disegni di legge, quindi, anche il decreto-legge che sia impiegato con queste finalità (affatto distorte) si presta a essere oggetto di modifiche, in occasione della sua definitiva *approvazione*.

Per questo motivo, l'art. 3, d.l. 7 luglio 2022, n. 85 è forse destinato a assumere contenuti diversi da quelli attuali.

Il rilievo incoraggia a proporre un'esegesi, non fosse altro che per suggerire, a chi volesse tenerne conto, alcuni emendamenti che possano superare le difficoltà di regime che il testo attuale sembra suscitare.

2. Ambito oggettivo di applicazione dell'art. 3, d.l. 7 luglio 2022, n. 85

Detta disposizione introduce l'ennesimo rito speciale nel processo amministrativo.

In ragione della priorità che si vuole riconoscere alle controversie che interessano l'attuazione del PNRR, queste ultime vengono a godere di un giudizio accelerato, la cui disciplina, tuttavia, non si esaurisce nella mera applicazione degli artt. 119 e 120 cpa, connotandosi, invece, per ulteriori peculiarità.

È preliminare a ogni altra indagine definire i limiti oggettivi del nuovo rito.

Esso si riferisce ai giudizi (il testo del decreto, tuttavia, parla di "ricorsi") che abbiano "ad oggetto qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR".

Dalla formula emergono due profili di immediata evidenza.

Il primo profilo attiene all'ampiezza e, per così dire, anche a una sorta d'indeterminatezza dei casi in cui la nuova normativa si applica.

È verosimilmente erroneo sostenere che il nuovo rito si riferirebbe alle sole controversie che investano le procedure a evidenza pubblica o le procedure espropriative collegabili in modo diretto ai medesimi finanziamenti.

Se così fosse, sarebbe difficile comprendere perché la riforma riconduca tali liti sotto la disciplina dell'art. 119 cpa, dal momento che esse, almeno in gran parte, già vi rientrerebbero per quanto esplicitamente disposto da quest'ultimo articolo.

A sostegno della tesi secondo la quale gli *interventi*, a cui si riferisce l'art. 3 in commento, non si limiterebbero ai procedimenti di realizzazione di opere pubbliche militano, peraltro, anche alcuni argomenti testuali.

Vi è, innanzi tutto, il comma 8 del medesimo art. 3, il quale (nel riferirsi alle liti instaurate prima dell'entrata in vigore del decreto-legge) precisa che esse riguardano "opere e interventi", a dimostrazione del fatto che la norma prende in considerazione interventi che non consistono in opere.

Inoltre, l'art. 3 - nel riformare l'art. 48, comma 4, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, e applicando alle relative controversie il regime dell'art. 125 cpa - contrappone ancora una volta le impugnazioni "degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui al comma 1 e nei giudizi

che riguardano le procedure di progettazione, autorizzazione, approvazione e realizzazione delle opere finanziate in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e relative attività di espropriazione, occupazione e di asservimento” a quelle relative a “qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR”.

Se ne ricava, così, la volontà di ricondurre al nuovo rito tutti i procedimenti che siano in qualsiasi modo collegati con i finanziamenti del Piano nazionale; questo a valere tanto per il caso in cui il collegamento sia diretto, tanto per il caso in cui esso sia solo indiretto^[1].

Concepito in un modo a tal punto esteso l’ambito di riferimento dell’art. 3, va rammentato, d’altra parte, che gli interventi del PNRR, nel complesso delle loro sei *missioni*, spaziano dall’ambiente, all’energia, all’istruzione, scolastica e universitaria, all’agricoltura, alla logistica e all’innovazione digitale, con la conseguenza che i medesimi finanziamenti possono essere il presupposto di una congerie altrettanto vasta di provvedimenti amministrativi (per lo più con funzioni di *controllo* sull’attività economica dei privati) *dipendenti* da quello in cui è stato deciso il finanziamento stesso, i quali, allo stato, sono difficilmente individuabili, pur potendo essere suscettibili di sussunzione nella nuova previsione normativa.

Non si può escludere, perciò, che nel rito riformato debba ricadere, ad esempio, l’impugnazione degli esiti di un concorso universitario, se il posto a ruolo fosse in tal modo finanziato o che (sempre esemplificativamente) vi possa rientrare l’impugnazione da parte del terzo di un titolo edilizio o ambientale rilasciato a chi, per realizzare un impianto di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, abbia ottenuto un preventivo e analogo finanziamento, ancorché sulla scorta di una serie procedimentale distinta e indipendente.

Più in generale (se è consentita l’enfasi), quasi ogni attività amministrativa, in questo momento storico, “è PNRR”, Perciò, quasi ogni attività amministrativa è anche astrattamente riconducibile all’art. 3, d.l. 7 luglio 2022, n. 85, così da esporsi a un regime processuale che, per quel che si cercherà di esporre, non è privo di criticità.

3. Applicabilità del nuovo rito anche quando sia occulta alle parti e al giudice l’esistenza di un finanziamento PNRR

Un secondo profilo, che si ritiene di evidenziare in via preliminare, attiene al carattere oggettivo del collegamento della lite con i finanziamenti del PNRR, affinché il rito speciale si debba applicare.

Ciò significa che il nuovo rito è destinato ad imporsi indipendentemente dalla conoscenza (in capo a chi proponga il ricorso o, in tesi, anche in chi lo subisca) dell’esistenza del finanziamento.

Questo sembra evincersi dalla locuzione “qualora risulti *anche* sulla base di quanto rappresentato dalle amministrazioni o dalle altre parti del giudizio” contenuta nel citato art. 3 ai fini della sua stessa applicazione. Quell’*“anche”* allude all’ipotesi in cui l’esistenza del finanziamento non emerga dall’attività delle parti essendo, invece, oggetto di investigazione

diretta del giudice, il quale, a tal fine, può dunque utilizzare gli strumenti istruttori d'ufficio che gli competono in forza degli artt. 63 ss. cpa.

Da questi rilievi deriva che l'applicabilità del nuovo rito alla specifica controversia potrebbe essere *occulta*, perché occulto potrebbe essere lo stesso finanziamento, in quanto erogato in seno a un procedimento amministrativo presupposto di cui le parti (ivi compresa la stessa amministrazione resistente) potrebbero non avere nessuna precisa contezza.

Salvo, poi, doversi ammettere che la medesima applicabilità potrebbe emergere nel corso del giudizio, causando – lo si nota incidentalmente – potenziali criticità per il caso in cui, in modo incolpevole[2], non sia stata rispettata la dimidiazione dei termini successivi a quelli di notificazione del ricorso, dei motivi aggiunti o dell'incidentale[3].

In sintesi, si è di fronte a una nuova forma di processo il cui ambito di applicazione è potenzialmente imponente, incerto e, in concreto, persino ignoto alle parti e al giudice stesso della concreta lite controversa, pur essendo comunque in grado di incidere sul regime degli atti processuali.

Questo aspetto della riforma in commento non può non destare perplessità, le quali sembrano accresciute per il fatto che l'incremento in termini assoluti del numero dei riti accelerati si riflette, in modo negativo, sulla stessa efficacia dell'iniziativa assunta.

È evidente, infatti, che quanto maggiore è il contenzioso ricondotto alle varie forme di abbreviazione del processo, tanto minori sono le possibilità di attuare, in concreto, un'effettiva accelerazione della definizione delle liti, perché *se tutto è più celere, nulla è più celere*.

Il tutto va valutato, anche non volendo considerare il preliminare rilievo per cui, in generale, l'intensificazione dei riti accelerati conduce, indirettamente, a relegare le residue cause *ordinarie* (che pur sempre godono di una loro dignità) a una sorta di *binario morto* e a spingerle verso una probabile perenzione ultraquinquennale, con conclusivo e sostanziale diniego di giustizia.

4. La diversità di regime, secondo che sia stata introdotta o no un'istanza cautelare

Le problematiche che derivano dalla nuova disposizione non si limitano a quanto sinora illustrato.

Ferma restando la dimidiazione dei termini (che è indipendente da ogni attività delle parti e applicabile a tutte le controversie del PNRR), alcune peculiarità del nuovo rito acquistano rilievo solo per l'ipotesi in cui il ricorrente abbia chiesto e ottenuto un provvedimento cautelare.

Altre peculiarità, più limitate, si applicano, invece, anche quando tale provvedimento non sia stato reso.

A ben vedere, pertanto, i riti speciali introdotti con l'art. 3 in esame sono due, secondo che sia stata rilasciata o no la misura cautelare.

L'art. 3, cit., stabilisce, infatti, che solo in caso di accoglimento dell'istanza cautelare, "il tribunale amministrativo regionale, con la medesima ordinanza, fissa la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza".

Viceversa, nel caso in cui un'istanza cautelare non sia stata proposta o, nel caso in cui l'istanza cautelare, pur proposta, non sia stata concessa, non vi è dovere, in capo al giudice, di fissare l'udienza di merito, ma il processo è sottoposto comunque a una disciplina speciale che si esprime, soprattutto, nella previsione della partecipazione al contraddittorio di un nuovo tipo di *parte necessaria*, identificata nell'"amministrazione titolare dell'intervento PNRR".

Viene così a delinearsi un regime mutevole in ragione dell'impulso della parte ricorrente (alla quale spetta la decisione di presentare o no l'istanza cautelare), che desta qualche perplessità, ma che, soprattutto, sembra incoerente con la finalità di favorire una definizione accelerata delle controversie PNRR.

A tal riguardo, è sufficiente che il ricorrente (o l'appellante) ometta di presentare la domanda cautelare, affinché il giudizio segua le modalità di svolgimento dell'art. 119 cpa (fatte salve la peculiarità a cui si è accennato, relativa alla nuova parte necessaria), con nessuna garanzia di una sua sollecita conclusione^[4].

5. La cessazione degli effetti della misura cautelare

In ogni caso, prendendo innanzitutto in esame la prima delle due eventualità ora tratteggiate, si deve aggiungere, a completare il quadro normativo, che particolari disposizioni contenute nell'art. 3 regolano l'ipotesi in cui il provvedimento reso *ex art. 55 cpa* sia rilasciato a seguito di appello cautelare^[5], nonché l'ipotesi in cui la misura cautelare sia stata assunta in cause già pendenti al momento dell'entrata in vigore del decreto-legge.

In specie, anche per detta ultima ipotesi al giudice spetta di fissare la trattazione della lite nel merito entro il medesimo termine di cui si è fatto cenno (comma 8).

Oltre alla descrizione di un regime di valutazione del *periculum in mora* che - similmente a quanto già previsto per altri casi già noti^[6], presuppone una comparazione degli interessi in gioco (secondo il comma 2 dell'art. 3 cit., "nella decisione cautelare e nel provvedimento di fissazione dell'udienza di merito, il giudice motiva espressamente sulla compatibilità della misura e della data dell'udienza con il rispetto dei termini previsti dal PNRR") - è soprattutto rimarchevole il fatto che, per il caso in cui la discussione del merito non venga fissata dal giudice entro la prima data di udienza successiva al suddetto termine di trenta giorni, il provvedimento cautelare sia destinato a perdere automaticamente efficacia.

Il testo del decreto-legge riecheggia, così, l'art. 120, comma 8-*bis* cpa, il quale, per il rito sugli appalti, stabilisce che "il collegio, quando dispone le misure cautelari di cui al comma 4 dell'articolo 119, ne può subordinare l'efficacia, anche qualora dalla decisione non derivino

effetti irreversibili, alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione di importo commisurato al valore dell'appalto e comunque non superiore allo 0,5 per cento del suddetto valore. Tali misure sono disposte per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione della relativa ordinanza, fermo restando quanto stabilito dal comma 3 dell'articolo 119”.

Rispetto a quella più antica disposizione, l'art. 3 si distingue per l'automatismo della cessazione degli effetti, con il verificarsi della descritta condizione risolutiva, laddove, nella disciplina dell'art. 120, comma 8- *bis*, cpa, è compito del giudice cautelare stabilire il termine finale di efficacia dell'ordinanza, sia pure entro il limite massimo indicato dalla legge.

Si coglie altresì una certa *assonanza* con quanto statuito dall'art. 61 cpa per le misure cautelari monocratiche rese *ante causam*, le quali sono parimenti destinate a cessare i propri effetti, nel caso in cui entro quindici giorni dalla loro emanazione non venga notificato il ricorso con la domanda cautelare ed esso non sia depositato nei successivi cinque giorni, ovvero nel caso in cui, entro sessanta giorni dalla loro pronuncia, dette misure non siano state sottoposte all'esame del Collegio per l'eventuale *conferma*.

Mentre, tuttavia, la cessazione automatica dei provvedimenti cautelari, assunti sulla base dell'art. 61 cpa, è fatto che deriva, quasi esclusivamente, dall'inerzia di chi le abbia richieste e ottenute (cosicché l'istante non avrebbe nessuna ragione di dolersene), la cessazione degli effetti delle misure cautelari rese in forza dell'art. 3, d.l. 7 luglio 2022, n. 85, è fatto imputabile solo al giudice che non abbia fissato l'udienza di merito entro il termine prescritto e non è in alcun modo imputabile alla parte.

E poiché, fatti salvi casi molto particolari, è difficile comprendere il motivo per il quale il giudice intenderebbe limitare indirettamente (astenersi dal fissare con tempestività l'udienza)^[7] l'efficacia dei propri provvedimenti cautelari entro un termine così breve, vi è da interrogarsi sulla ragionevolezza della previsione.

Tanto più tali perplessità sussistono, perché la medesima previsione presuppone, nei destinatari dell'ordinanza, la conoscenza di taluni documenti i quali costituiscono una sorta di *acta interna corporis* in quanto essi sono conosciuti solo dall'organizzazione dell'ufficio giudiziario e, al più, da chi lo frequenta, ma che, non necessariamente, sono noti all'esterno, pur essendo in grado d'incidere in modo diretto sul perdurare dell'efficacia del provvedimento cautelare e, quindi, sulla regolamentazione della fattispecie sostanziale dedotta in giudizio.

Ci si riferisce, in ispecie, alla conoscenza del calendario delle udienze pubbliche stabilito da ogni sede giudiziaria, giacché è solo sulla base di detto documento che è possibile individuare la “prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza” a cui si riferisce l'art. 3, primo comma.

Questo calendario potrebbe non essere noto all'Amministrazione resistente o ai controinteressati, specie ove questi non fossero costituiti in giudizio e non fossero assistiti da un difensore tecnico che li possa informare^[8].

6. La cessazione degli effetti della misura cautelare e i giudizi introdotti prima dell'entrata in vigore del d.l. 7 luglio 2022, n. 85

I rilievi critici sul rito cautelare introdotto dall'art. 3 si aggravano ove si consideri la sorte dei provvedimenti cautelari rilasciati in quei giudizi lambiti dal PNRR che siano già pendenti^[9].

Non pare che sussistano dubbi, invero, sull'estensione del regime di cessazione automatica dell'efficacia anche ai provvedimenti cautelari pronunciati prima dell'entrata in vigore del decreto-legge.

L'art. 3, comma 8, prevede, infatti, che “in tale ipotesi si applicano le ulteriori disposizioni contenute nel presente articolo” e tra queste si annovera proprio quella che stabilisce la cessazione degli effetti delle misure cautelari di cui si è sin qui trattato^[10].

Viene così in rilievo un problema di grave incertezza del diritto, stante il fatto che, quando quei provvedimenti cautelari sono stati rilasciati, essi non erano sottoposti ad alcuna condizione risolutiva, cosicché le parti erano giustificate nel ritenerli pienamente operativi, essendo stata solo la sopravvenuta, generale e astratta volontà del legislatore d'urgenza a stabilire la caducazione degli effetti.

In questi casi, sussiste, per di più, un'ulteriore incertezza relativa al *dies a quo* del termine, la cui decorrenza (insieme all'eventuale mancata fissazione dell'udienza di merito) concorre a costruire la condizione risolutiva stessa, atteso che lo stesso art. 3, comma 8, stabilisce che “l'udienza per la discussione del merito è anticipata d'ufficio entro il termine del comma 1”^[11] e quindi decorso il termine di trenta giorni “dalla data di deposito dell'ordinanza”.

Se tale deposito fosse, dunque, avvenuto prima dell'entrata in vigore del decreto-legge, la condizione potrebbe essersi già avverata nel momento stesso della sopravvenienza della nuova fonte, nel caso in cui il termine di trenta giorni fosse già integralmente spirato e fossero già state tenute udienze di merito successive alla sua scadenza.

In modo solo apparentemente meno grave, con l'entrata in vigore del decreto-legge il termine potrebbe risultare essere ampiamente consumato, sì da comprimere i poteri di difesa delle parti ai fini della produzione di documenti e memorie in vista dell'udienza di trattazione.

Un'interpretazione alternativa a quella ora proposta potrebbe essere quella di sostenere che il termine debba decorrere, per i provvedimenti cautelari anteatti, non già dal loro deposito, ma proprio dal giorno di entrata in vigore del decreto-legge stesso^[12].

Detta ricostruzione consentirebbe, in effetti, di superare, almeno in parte, i problemi a cui si è accennato.

Essa si porrebbe, tuttavia, in contrasto con la lettera della fonte normativa; da qui deriva la difficoltà di seguirla.

Infine, sempre con riguardo alle misure cautelari precedenti al d.l. 7 luglio 2022, n. 85, si pone il non secondario problema, per il giudice, d'individuare le loro puntuali ricorrenze e d'identificare le specifiche controversie del PNRR in cui i provvedimenti cautelari siano stati pronunciati.

Anche a tale riguardo, vanno ripetute le osservazioni già esposte circa la possibilità che queste *liti PNR* siano *occulte*, quando non sia palese l'esistenza del relativo finanziamento (pur restando ferma l'oggettiva applicabilità dell'art. 3 in esame).

Emerge così l'eventualità, nel caso in cui alcune delle relative liti dovessero sfuggire all'indagine del Tribunale, che i provvedimenti cautelari assunti abbiano perso i propri effetti nella piena inconsapevolezza delle parti.

Il risultato complessivo del nuovo regime dimostra, in definitiva, l'insorgenza di gravi fenomeni di incertezza del diritto che la nuova disciplina sembra suscitare sia con riferimento al processo, sia con riferimento al modo con cui la fattispecie sostanziale dedotta in giudizio è interinalmente regolata dai provvedimenti cautelari del giudice.

7. Ricadute sistematiche della cessazione degli effetti della misura cautelare sul processo cautelare in generale e sul processo di ottemperanza

La cessazione degli effetti dell'ordinanza cautelare, insieme al dovere (per il giudice) di fissare l'udienza entro il termine già illustrato, comporta alcune conseguenze anche sullo stesso impianto generale del giudizio cautelare e su quello di ottemperanza.

Quanto al primo, deve ritenersi che, per quanto attiene alle controversie del PNR, l'art. 55, comma 10, cpa (il quale consente al giudice, in accoglimento di una conforme istanza cautelare, di fissare la data della discussione del ricorso nel merito, ove egli ritenga che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio), sia stato implicitamente riformato in deroga.

Una tale soluzione del processo cautelare sembra, infatti, incompatibile con l'art. 3 ora in esame, salvo che non si ritenga – e la soluzione pare plausibile – che, vertendosi in una lite del tipo qui considerato, il giudice, in applicazione del medesimo art. 55, comma 10, possa pur sempre accogliere l'istanza cautelare limitandosi a fissare l'udienza di merito, con l'avvertenza che, in tal caso, egli debba rispettare il termine indicato dallo stesso art. 3^[13].

Per quanto attiene, invece, ai rapporti con il giudizio di ottemperanza, sembra significativo il punto in cui l'art. 3 statuisce che, con la cessazione degli effetti dell'ordinanza cautelare, vengano meno anche gli effetti *conformativi*, volti “a determinare un nuovo esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione”.

In realtà, si deve ritenere che tali effetti, nelle controversie a cui si riferisce l'art. 3, siano inesistenti fin dall'inizio, giacché risulta impossibile obbligare l'Amministrazione a rideterminarsi prima che la lite venga trattata nel merito.

Sulla base dell'art. 87, comma 3, cpa, infatti, l'udienza per la discussione del giudizio di ottemperanza, a tal fine introdotto, non potrebbe essere fissata prima che siano decorsi trenta giorni dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimato e quindi prima di sessanta giorni dalla notificazione del relativo ricorso (vigendo il principio della dimidiazione dei termini anche nei riti in Camera di consiglio), sì da superare il termine di trenta giorni indicato dall'art. 3.

Quando, infine, la lite che avesse originato il provvedimento cautelare fosse decisa nel merito, il medesimo provvedimento cautelare risulterebbe, eventualmente, assorbito dalla sentenza e sarebbe questa, e non già l'ordinanza cautelare, a produrre gli effetti conformativi.

8. La fissazione dell'udienza di merito e i termini a difesa delle parti

Sempre con riguardo al regime della fase cautelare, va segnalato un altro profilo di potenziale incertezza relativo agli oneri defensionali da cui sono gravate le parti, in vista dell'udienza di trattazione nel merito della lite.

L'art. 3, cit., stabilisce che la discussione della causa debba essere celebrata non oltre la prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'udienza cautelare.

Ciò comporta che la data di discussione potrebbe^[14] essere fissata senza che sia stato rispettato il termine a ritroso di sessanta giorni previsto dall'art. 71, comma 5, cpa, così che neppure si possano rispettare gli ulteriori termini indicati dall'art. 73 dello stesso codice per il deposito dei documenti e delle memorie.

D'altra parte, dall'art. 3 in commento non si ricava entro quali termini le parti siano chiamate a svolgere tali adempimenti nel nuovo rito.

Il problema, tuttavia è, in questo caso, solo apparente.

Poiché si ricade in controversie per le quali vige la dimidiazione dei termini, è ragionevole sostenere che anche il termine di sessanta giorni dell'art. 71 cpa debba considerarsi ridotto a trenta. E poiché l'art. 3, per sua definizione, prevede che l'udienza debba essere fissata oltre la scadenza di trenta giorni dal deposito (e quindi dalla contestuale comunicazione) dell'ordinanza cautelare, il suddetto termine dimidiato, quale si desume dal combinato disposto degli artt. 119 e 71 cpa, deve ritenersi necessariamente rispettato.

Conseguentemente vanno adeguati, secondo i consueti principi della dimidiazione, anche i termini a difesa indicati dall'art. 73 cpa.

9. Una nuova parte necessaria nel processo amministrativo: l'amministrazione titolare dell'intervento PNRR. Aspetti problematici e profili contraddittori

Vi è, infine, un ultimo profilo che emerge dalla nuova disciplina processuale e che, pure, merita di essere analizzato.

Si allude alla previsione secondo la quale sono *parti necessarie* di tutte le controversie del PNRR (siano stati richiesti o no i provvedimenti cautelari) le "amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel PNRR, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera l), del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108"^[15].

Anche a voler trascurare la difficoltà d'individuare quali siano, nel caso concreto, siffatte amministrazioni^[16] e dato per ragionevole che per tali debbano intendersi tutte le amministrazioni che, a qualunque titolo, partecipino all'intervento del PNRR a cui si riferisce l'impugnazione (e non solo una di esse), l'inquadramento sistematico di queste nuove figure è incerto e verosimilmente porta all'introduzione di un nuovo tipo di parte processuale, che si affianca a quelle tradizionali e già note.

Le *amministrazioni titolari dell'intervento*, infatti, non possono coincidere né con l'amministrazione resistente né con i controinteressati sostanziali, atteso che, se così fosse, la loro partecipazione al contraddittorio sarebbe necessaria già di per sé, sulla base delle regole generali del processo amministrativo^[17].

Ma è difficile ipotizzare, anche, che tali amministrazioni rivestano il ruolo di una sorta di controinteressati indiretti (i quali non sono parti necessarie, perché privi di un interesse diretto personale e attuale a contestare l'accoglimento del ricorso), investiti di una sorta di legittimazione *straordinaria* a contraddire.

La funzione di queste ulteriori parti necessarie, invero, non è precisata dall'art. 3, cit.

Sebbene il nuovo rito miri a "consentire il rispetto dei termini previsti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza", detta finalità non può, tuttavia, essere l'unica a cui debbono sovrintendere le *amministrazioni titolari degli interventi*.

Le stesse - si reputa - non possono non essere incaricate di curare, oltre alla sollecita realizzazione degli interventi del Piano, anche la migliore destinazione dei finanziamenti, a meno che non si voglia accettare il principio per cui quegli interventi debbano comunque progredire, quali essi siano e in qualunque modo siano attuati.

Pertanto, nulla esclude che le nuove parti necessarie partecipino al giudizio non solo al fine di contestare l'accoglimento del ricorso, ma, in tesi, anche al fine di promuoverne l'accoglimento, per il caso in cui il provvedimento impugnato, in quanto illegittimo, comporti un cattivo utilizzo delle risorse pubbliche.

Se su questo si conviene, ne segue che le nuove parti necessarie sembrano svolgere un ruolo simile a quello di una sorta di *promotore dell'interesse pubblico*, per certi (molto imprecisi) aspetti accostabile a una specie di *pubblico ministero*, con ricadute (lo si nota incidentalmente) forse impreviste e forse anche indesiderate verso una concezione oggettivistica del processo amministrativo.

Non sarà necessario investigare ulteriormente su quale sia l'utilità effettiva di tali nuove parti e su quale sia il concreto apporto che le medesime possano aggiungere al contraddittorio, perché dette questioni attengono al merito delle valutazioni operate dal legislatore d'urgenza.

Preme, tuttavia, illustrare le difficoltà che la loro presenza nel processo reca, proprio con riguardo al fine di favorire una sollecita realizzazione degli interventi del PNRR.

Soprattutto nell'ipotesi in cui l'esistenza del finanziamento PNRR sia *occulto* alle parti ordinarie del giudizio (oltre che al giudice) e nell'ipotesi in cui il finanziamento sia *sopravvenuto* in corso di causa, l'eventuale mancata intimazione di queste nuove parti

necessarie è causa di appellabilità, per l'incompletezza del contraddittorio, della sentenza di primo grado, con conseguente rinvio al giudice di prime cure, secondo quanto previsto dall'art. 105 cpa.

Non diversamente, è sostenibile che, in forza di quanto stabilito dall'art. 108 cpa, le medesime parti siano legittimate a proporre opposizione di terzo ordinaria contro la sentenza, sia di primo che di secondo grado, pronunciata senza la loro partecipazione al giudizio^[18].

La partecipazione di dette amministrazioni al giudizio si rivela essere, così, incoerente con le stesse finalità di raggiungere una celere definizione delle controversie, perché essa si presta a lungaggini (la cui necessità non era sin qui avvertita) e a ripetizioni, forse non indispensabili, di alcuni gradi del giudizio.

10. La nuova parte necessaria e i giudizi già pendenti

Né si possono trascurare i problemi minori che queste nuove parti necessarie recano.

Non è del tutto certo, in particolare, se le amministrazioni titolari degli interventi siano chiamate a partecipare anche ai giudizi che, pur astrattamente rientrando nell'ambito di applicazione dell'art. 3, siano stati, tuttavia, introdotti prima dell'entrata in vigore del decreto.

A seguire l'argomento letterale, le amministrazioni titolari degli interventi dovrebbero essere intimare solo nell'ipotesi in cui, nelle liti anteatte, sia stata chiesta e ottenuta una misura cautelare, perché solo per tale eventualità l'art. 3, u.c., stabilisce che "si applicano le ulteriori disposizioni contenute nel presente articolo"^[19].

Ma questa è una conclusione che, per altri versi, si rivela insoddisfacente sotto il profilo sistematico, giacché essa introduce una diversità di regime processuale – su uno degli aspetti fondamentali della lite, qual è quello della completezza del contraddittorio – che è conseguenza di un fatto accidentale (qual è dato dalla emanazione di un provvedimento cautelare) e che soprattutto dipende dall'impulso del ricorrente, al quale non può, neppure indirettamente, riferirsi il potere di stabilire in che modo il contraddittorio debba ritenersi integrato^[20].

Ancora più problematica, infine, è l'ipotesi in cui una lite del PNRR, pur essendo stata definita in primo grado prima dell'entrata in vigore del decreto-legge, pervenga in appello solo dopo tale data.

In tale caso, non sembrano sussistere dubbi sul fatto che le nuove parti necessarie debbano essere chiamate a integrare il contraddittorio nel giudizio d'appello, perché l'art. 3 in esame (comma 6) stabilisce che "le disposizioni del presente articolo si applicano anche nei giudizi di appello, revocazione e opposizione di terzo" e perché, secondo il principio *tempus regit actum*, l'impugnazione segue il regime vigente al momento della sua celebrazione.

Un'integrazione del contraddittorio operata solo in secondo grado, tuttavia, priverebbe le nuove parti necessarie di un grado di giudizio e porterebbe, probabilmente, il giudice dell'appello ad annullare d'ufficio^[21] la sentenza impugnata con rinvio al giudice di primo

grado, sì da provocare una dispersione dei tempi processuali nonché la vanificazione delle finalità acceleratorie a cui l'art. 3 si è ispirato.

11. Conclusioni

Si possono a questo punto trarre le conclusioni dell'indagine sull'art. 3, d.l. 7 luglio 2022, n. 85.

Chi scrive ritiene che si sia di fronte a una disposizione indeterminata nel suo ambito di applicazione, asistemica nel suo impianto e foriera di gravi problematiche.

Né si può sottacere che, sullo sfondo, essa sembra manifestare una complessiva inclinazione a comprimere o, quanto meno, a limitare l'effettività delle tutele^[22], a vantaggio di una accelerazione del rito che non è neppure certo che si riesca a raggiungere.

L'opportunità di assicurare una sollecita attuazione degli interventi previsti dal PNRR non può, dunque, essere portata a giustificazione di riforme processuali che non solo sembrano di dubbia compatibilità con lo Stato di diritto, ma che, per di più, rischiano di compromettere il raggiungimento stesso degli obiettivi proposti.

Si auspica, perciò, che il testo della riforma venga rivisitato e che, soprattutto, esso non funga da modello per ulteriori, e più ampi, interventi di riforma del processo amministrativo.

[1] Sembra aderire a questa impostazione T.A.R. Lazio, II, 15 luglio 2022, n. 4602 (ord.): "... le disposizioni in questione sono applicabili al giudizio de quo, tenuto conto:

1) *ratione temporis*, della natura processuale delle stesse e, quindi, della loro applicabilità ai giudizi in corso, in difetto di apposita norma transitoria (cfr., *quam multis*, Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759; TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 giugno 2010, n. 18131; Tar Cagliari, sez. I, 13.1.2011, n.16);

2) *ratione materiae*, in riferimento all'art.3, co.1 del d.l. n.85/2022, della sussumibilità della gara in oggetto nell'ambito della nozione di "procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR"; al riguardo, peraltro, non rileva, in senso ostativo all'applicazione della citata disposizione, la previsione recata dal co.5 del predetto art.3, dal momento che l'evidente finalità di tale norma è quella di rendere applicabili le disposizioni ivi considerate (artt.119, co.2 e 120, co.9 cpa) del rito appalti (con la prevista riduzione dei termini processuali) a tutte le controversie afferenti alle procedure amministrative che impattano sul PNRR (anche se non riferite, quindi, all'affidamento di contratti pubblici) e non già quella di sottrarre le controversie sui contratti pubblici alle ulteriori disposizioni acceleratorie introdotte dal d.l. n.85/2022".

[2] Alla parte non resterebbe, a quel punto, null'altro, se non invocare l'errore scusabile, rammentando che "nel processo amministrativo il rimedio del riconoscimento dell'errore scusabile, oggi codificato dall' art. 37 c.p.a ., presuppone una situazione di obiettiva incertezza normativa o di grave impedimento di fatto tale da provocare - senza alcuna colpa della parte interessata - menomazioni o maggiore difficoltà nell'esercizio dei diritti di difesa" (Cons. di Stato, III, 8 febbraio 2021, n. 1129; Cons. di Stato, VI, 10 maggio 2021, n. 3640).

[3] Né si esclude che possa sopravvenire una sorta di mutamento del rito in pendenza di causa. Come, infatti, possono esistere finanziamenti PNRR sin dall'origine occulti, non si esclude che possano prospettarsi pure finanziamenti

PNRR *sopervenuti*, per il caso in cui l'intervento a cui si riferisce la lite riceva un finanziamento PNRR quando la causa che lo riguarda sia già stata introdotta.

In questo caso, per il ricorrente potrebbe, peraltro, risultare estremamente difficile venire a conoscenza di questa nuova circostanza, con la conseguenza che una causa introdotta secondo il regime ordinario potrebbe ricadere poi nel regime delle liti a termini dimidiati, senza che le parti ne abbiano consapevolezza.

[4] Va, d'altronde, segnalato che l'art. 3, riformando l'art. 48, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, ha esteso alle controversie del PNRR l'applicazione dell'art. 125 cpa, così sostituendo la tutela costitutiva avverso gli eventuali contratti stipulati in attuazione del finanziamento con la tutela risarcitoria. Più in generale sembra così doversi ricavare che l'obiettivo del legislatore sia quello di evitare la caducazione immediata degli atti e che, a tal fine, sia disposto a concedere che le amministrazioni possano essere chiamate patrimonialmente a rispondere. In tal senso, il fatto che una lite PNRR possa rimanere a lungo pendente, perché il ricorrente abbia ommesso di presentare istanza cautelare, è una eventualità in un certo *coerente* con questo stesso obiettivo.

Si evidenzia, in ogni caso, che l'estensione dello stesso art. 125 cpa alle controversie del PNRR è in sé problematica, poiché il citato art. 48, così come riformato, la prevede sia con riferimento all'impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento sia con riferimento a "qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR". Se, tuttavia, nella prima ipotesi è facile immaginare l'esistenza di contratti "non annullabili" ai sensi dell'art. 125, meno facile è comprendere come gli stessi possano ricorrere nelle fattispecie procedurali del secondo tipo.

[5] L'art. 3, pur considerando l'ipotesi della misura cautelare rilasciata in forza dell'appello cautelare contro l'ordinanza (di rigetto) di primo grado, non considera l'ipotesi in cui, a un analogo effetto, si pervenga perché la sentenza di rigetto di primo grado sia sospesa in grado di appello, con effetti cautelari estesi sino al provvedimento amministrativo impugnato. Il comma 6 della disposizione, peraltro, stabilisce che "le disposizioni del presente articolo si applicano anche nei giudizi di appello, revocazione e opposizione di terzo", il che porta a sostenere che, in detta ipotesi, il Consiglio di Stato debba fissare udienza di merito alla prima udienza pubblica successiva al decorso di trenta giorni dal deposito dell'ordinanza.

[6] Da ultimo, si rammenti quanto previsto dall'art. 120, comma 8, cpa: "Nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione contrattuale del contratto, dandone conto nella motivazione" e dall'art. 125, comma 2, cpa: "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".

[7] Non si può, in effetti, escludere che il giudice valuti di concedere di concedere una misura cautelare a termine finale, deliberatamente omettendo di rispettare il termine della discussione di merito indicato dall'art. 3.

[8] I calendari di udienza del giudice amministrativo sono ormai pubblici nelle pagine istituzionali di ogni singolo ufficio giudiziario. Tuttavia, la circostanza non è necessariamente nota e, per di più, è dubbia l'ufficialità e la comprovabilità di tale forma di pubblicità.

[9] Sull'applicabilità dell'art. 3 ai giudizi già pendenti, peraltro desumibile dalla lettera della disposizione, v. T.A.R. Lazio, III - *bis*, 18 luglio 2022, n. 10163

[10] Al contrario, quando, con l'art. 40, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, è stato inserito il comma 8-*bis* nel codice di rito, si è inteso precisare che la nuova disciplina si sarebbe applicata solo "ai giudizi introdotti con ricorso depositato, in primo grado o in grado di appello, in data successiva alla data di entrata in vigore del presente decreto", in tal modo superando i problemi di applicazione ai giudizi già pendenti di cui si tratta nel testo.

[11] L'anticipazione, tuttavia, non può considerarsi, per ovvie ragioni, automatica, ma presuppone un provvedimento esplicito del giudice in tal senso orientato.

[12] È questa la soluzione a cui aderisce la, forse, prima pronuncia del giudice d'appello che ha dato applicazione della nuova disciplina. V. Cons. di Stato, 15 luglio 2022, n. 3387 (decreto): "Rilevato altresì che, con riferimento allo specifico ambito in trattazione, è recentissimamente intervenuto, nelle more tra la pubblicazione dell'ordinanza cautelare qui appellata e la proposizione dell'odierno appello, l'art. 3 del decreto-legge 7 luglio 2022, n. 85, ai sensi del quale, tra l'altro:

1) per “*qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR*”, tra cui per consenso unanimente espresso dalle parti in causa rientra l’opera ferroviaria di cui qui trattasi, è disposta d’ufficio l’anticipazione della “*data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell’ordinanza*” (da intendersi nella specie, per effetto del ricordato *ius superveniens*, come data di entrata in vigore di detto decreto-legge, ossia dal giorno 8 luglio 2022) – di tal ch , in forza di tale sopravvenuta disposizione di legge, il giudice di primo grado ha anticipato l’udienza di trattazione del merito al 28 settembre 2022 – altresì processualmente sanzionata con la previsione che, nel “*caso in cui l’udienza di merito non si svolga entro i termini previsti dal presente comma, la misura cautelare perde efficacia, anche qualora sia diretta a determinare un nuovo esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione*”.

[13] Una tale soluzione potrebbe esprimere anzi un adeguato temperamento tra le aspettative del ricorrente e la valutazione, imposta al giudice, sulla compatibilit  della misura cautelare con il rispetto dei termini previsti dal PNRR.

[14] Possa e non necessariamente debba. La discussione del merito potrebbe essere fissata nel termine di sessanta giorni previsto dall’art. 71 per il caso in cui, nei trenta giorni successivi alla scadenza del termine di trenta giorni dal deposito dell’ordinanza cautelare, non sia stata calendarizzata nessuna udienza di merito.

[15] L’art. 3, comma 43, d.l. 7 luglio 2022, n. 85, richiamando (attraverso il rinvio all’art. 49 del codice di rito) l’istituto dell’integrazione del contraddittorio implicitamente chiarisce che l’omessa notificazione del ricorso, entro il termine decadenziale di sua proposizione, a queste non nuove parti necessarie non comporta l’irricevibilit  del gravame.

[16] Secondo l’art. 1, comma 1, lettera l), d.l. 31 maggio 2021, n. 77, si intende per “*amministrazioni centrali titolari di interventi previsti nel PNRR*”, i Ministeri e le strutture della Presidenza del Consiglio dei ministri responsabili dell’attuazione delle riforme e degli investimenti previsti nel PNRR”.

[17] Il rilievo porta un ulteriore argomento a favore della tesi secondo la quale gli interventi a cui allude l’art. 3 in esame comprendano tutte le procedure comunque ricollegabili ai finanziamenti PNRR e non solo le procedure di evidenza pubblica e espropriative che ne costituiscano diretta applicazione, con riferimento alle quali le amministrazioni titolari dell’intervento sarebbero parti resistenti e, dunque, gi  parti necessarie del processo.

[18] Si pone, cos , un ulteriore problema, che concerne l’opponibilit , da parte delle nuove parti necessarie di sentenze del giudice amministrativo gi  passate in giudicato. Ove, infatti, si dovesse dare una risposta affermativa al quesito, il decreto-legge consentirebbe, indirettamente, la possibilit  di ridiscutere fattispecie processuali ormai definitivamente stabilite. Sul punto, chi scrive reputa che si debba dare, tuttavia, una risposta contraria, atteso che, proprio in ragione dell’ormai raggiunta definizione del processo,   incerto che si possa applicare il principio *tempus regit actum* e, soprattutto, perch  si attuerebbe, in tal modo, un’ingerenza del Potere legislativo su quello giudiziario.

[19] Si osservi, incidentalmente, che, per gli stessi motivi, a questa conclusione si dovrebbe pervenire anche con riferimento all’applicabilit  ai giudizi anteatti dei termini dimezzati previsti dall’art. 119 cpa.

[20] A tale conclusione si oppone, inoltre, anche il fatto che, una volta raggiunto il grado d’appello, il contraddittorio dovrebbe essere ugualmente integrato, secondo quanto si ritiene di dimostrare dappresso.

[21] Cons. di Stato, ad. pl. 30 luglio 2018, n. 15: “Per completezza   ancora opportuno evidenziare che la disciplina dei rapporti tra giudice di primo grado e giudice di appello e dei casi di annullamento con rinvio di cui all’articolo 105 presenta evidenti profili di indisponibilit , perch    diretta a tutela interessi di ordine pubblico che attengono al regolare svolgimento del processo, realizzando un delicato bilanciamento di valori costituzionali (fra i quali, *in primis*, quelli del giusto processo e della sua ragionevole durata).

Deve escludersi, quindi, che in tale materia la volont  delle parti possa condizionare l’esercizio dei poteri del giudice.

Ci  implica, fermo restando ovviamente l’onere di articolare specifici motivi di appello e il generale principio di conversione della nullit  in motivi di impugnazione, che in presenza di una delle ipotesi di cui all’art. 105 Cod. proc. amm., il giudice d’appello deve procedere all’annullamento con rinvio anche se la parte omette di farne esplicita richiesta o, addirittura, formula una richiesta contraria, chiedendo espressamente che la causa sia direttamente decisa dal giudice di appello. Cos , ad esempio, se il T.a.r. ha erroneamente declinato la giurisdizione, il rinvio al primo grado risulta doveroso, anche se la parte, che impugna il capo sulla giurisdizione, chiede che la causa venga direttamente decisa nel merito in sede di appello”.

[22] Depongono in tal senso soprattutto il secondo comma dell’art. 3, dove   previsto che “nella decisione cautelare e nel provvedimento di fissazione dell’udienza di merito, il giudice motiva espressamente sulla compatibilit  della misura e della data dell’udienza con il rispetto dei termini previsti dal PNRR” e il successivo sesto comma, che, in riforma dell’art. 48, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, stabilisce: “In sede di pronuncia del provvedimento cautelare si tiene conto della coerenza della

27 luglio 2022

misura adottata con la realizzazione degli obiettivi e il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR”. Dette disposizioni, ormai non sconosciute all’impianto del processo amministrativo, causano, a giudizio di chi scrive, uno sostanziale squilibrio delle armi processuali.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2404 – 14 luglio 2022

Diritto dell'Unione europea e articolo 111 co. 8 Cost. Considerazioni a margine del caso *Randstad* sui profili problematici della nomofilachia differenziata*

di Enrico Zampetti

Sommario: 1. Premessa. - 2. Sul principio di autonomia procedurale tra effettività ed equivalenza. - 3. Sulla legittimazione del concorrente escluso ad impugnare gli esiti della procedura. - 4. Osservazioni conclusive. Sulle attuali criticità dell'articolo 111 co. 8 Cost.

1. Premessa.

I fatti alla base del caso *Randstad* sono ormai ampiamente noti e non serve ripercorrerli in dettaglio. In estrema sintesi, la vicenda origina dall'impugnazione proposta da una società, in qualità di concorrente ad una gara pubblica, per l'annullamento del provvedimento di esclusione adottato nei suoi confronti e della procedura nel suo complesso. A seguito del rigetto dell'impugnazione da parte del giudice di primo grado, che aveva giudicato legittima tanto l'esclusione quanto la gara nel suo complesso, il Consiglio di Stato confermava la legittimità del provvedimento di esclusione ma dichiarava il difetto di legittimazione ad impugnare gli esiti della procedura, assumendo che, in ragione della sua legittima esclusione, la società fosse priva “*non solo del titolo a partecipare alla gara, ma anche della legittimazione a contestarne gli esiti sotto altri profili, giacché diviene portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico de settore che non ha partecipato alla gara*”^[1].

La società ricorreva in Cassazione ai sensi dell'articolo 111, co. 8, Cost., contestando la decisione del Consiglio di Stato per avere erroneamente dichiarato inammissibile l'impugnazione avverso la gara nel suo complesso, in violazione del diritto dell'Unione

europea e, in particolare, del diritto ad un ricorso effettivo così come riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia Ue.

Senonchè, la Corte di Cassazione rilevava come, allo stato, l'ammissibilità del ricorso fosse ostacolata da una "*prassi interpretativa nazionale*", da ultimo esplicitata nella sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, in forza della quale la violazione del diritto eurounitario non sarebbe riconducibile a un motivo di giurisdizione, ma integrerebbe una semplice violazione di legge, o comunque un ordinario *error in iudicando*, come tale non censurabile attraverso il ricorso per Cassazione di cui all'articolo 111, co.8, Cost. Conseguentemente, riteneva di sottoporre in via pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue le seguenti questioni, che possono così sintetizzarsi^[ii]:

i) se il diritto dell'Unione osti a una prassi interpretativa che, in base all'articolo 111, co. 8, Cost., così come da ultimo interpretato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, esclude la proponibilità del ricorso per Cassazione per contestare sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con il diritto dell'Unione^[iii];

ii) se il diritto dell'Unione 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 omesso di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia^[iv];

iii) se il diritto dell'Unione, anche alla luce di specifici precedenti della Corte di giustizia^[v], osti a una prassi giurisprudenziale nazionale che, come quella applicata dall'impugnata sentenza del Consiglio di Stato, nega la legittimazione del concorrente escluso a contestare gli esiti della gara, sebbene l'esclusione non risulti definitivamente accertata e l'eventuale accoglimento dell'impugnazione possa determinare l'indizione di una nuova procedura.

Con la decisione 21 dicembre 2021, causa C-497/20^[vi], la Corte di giustizia ha definito la prima e la terza questione posta dall'ordinanza della Cassazione, senza rispondere alla seconda in quanto ritenuta irrilevante ai fini della controversia. La sentenza, da un lato, ha escluso l'incompatibilità con il diritto dell'Unione dell'articolo 111 co. 8 Cost, così come interpretato dalla Corte costituzionale; dall'altro, ha stigmatizzato la violazione del diritto eurounitario perpetrata dal Consiglio di Stato per avere il giudice italiano negato al concorrente escluso la legittimazione ad impugnare gli esiti complessivi della procedura.

La pronuncia ha da subito suscitato un particolare interesse.

In primo luogo, perché tocca il tema generale dell'effettività della tutela giurisdizionale, con particolare riferimento alle ipotesi in cui la pronuncia del giudice nazionale violi il diritto eurounitario. In secondo luogo, perché riguarda da vicino il nostro assetto costituzionale imperniato su di un modello giurisdizionale dualista, che vede le decisioni del giudice ordinario soggette al ricorso in Cassazione per violazione di legge e quelle del giudice amministrativo ricorribili in Cassazione soltanto per "motivi inerenti alla giurisdizione" (art. 111 co. 8 Cost.). In terzo luogo, perché, nella specifica materia dei contratti pubblici, rimarca la distanza tra la giurisprudenza amministrativa e quella europea sulla legittimazione del concorrente escluso ad impugnare gli esiti della procedura di gara.

Nei paragrafi seguenti verranno più a fondo esaminate le argomentazioni con le quali la Corte di giustizia ha risposto alle questioni sollevate dalla Cassazione. Conclusivamente, saranno segnalate alcune criticità attualmente poste dall'articolo 111 co. 8 Cost, ulteriori rispetto a quelle prospettate nell'ordinanza di rimessione.

2. Sul principio di autonomia procedurale tra effettività ed equivalenza.

Con riferimento alla prima questione, la Corte di giustizia osserva che, in forza del “*principio dell'autonomia procedurale*”, spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro “*stabilire le modalità processuali*” dei rimedi giurisdizionali atti a garantire il “*diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva*”. Più esattamente, afferma che, in linea di principio, il diritto dell'Unione “*non osta a che gli Stati membri limitino o subordinino a condizioni i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione*”, a condizione che “*siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza*”. Sotto questo profilo – sottolinea la Corte - la disciplina processuale italiana non si porrebbe in contrasto né con il principio di equivalenza né con il principio di effettività. Il principio di equivalenza sarebbe rispettato dall'esperibilità del ricorso per motivi di giurisdizione sia quando sono in rilievo situazioni giuridiche protette dal diritto eurounitario sia quando sono in rilievo situazioni giuridiche protette dal diritto interno^[vii]. Quanto al principio di effettività, il diritto dell'Unione “*non produce l'effetto di obbligare gli Stati membri a istituire mezzi di ricorso diversi da quelli già contemplati dal diritto interno*”, salvo che “*dalla struttura dell'ordinamento giuridico nazionale in questione risulti che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta, anche solo in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione*”. Poiché il sistema processuale italiano garantisce l'accesso a un giudice indipendente e imparziale (anche) a tutela delle situazioni giuridiche riconosciute dalla normativa europea, la Corte conclude che “*una norma di diritto nazionale che impedisce che le valutazioni di merito effettuate dal supremo organo della giustizia amministrativa possano ancora essere esaminate dall'organo giurisdizionale supremo non può essere considerata una limitazione, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, del diritto di ricorrere a un giudice imparziale sancito all'articolo 47 della stessa*”.

Una risposta al quesito in questi termini non sorprende ed era anzi prevedibile, considerato che, con riferimento alle questioni processuali, il principio di autonomia procedurale viene spesso invocato sul presupposto che in materia l'Unione europea non abbia una specifica competenza^[viii]. In quest'ambito, l'unico limite imposto dal diritto dell'Unione è il rispetto dei principi di effettività ed equivalenza, nel senso già precisato che le discipline processuali nazionali non devono creare discriminazioni per la tutela delle situazioni giuridiche tutelate dal diritto eurounitario e devono garantire l'accesso a un giudice imparziale, in conformità all'articolo 47 della Carta di Nizza^[ix]. Se la normativa interna rispetta questi principi, lo Stato membro è libero di disciplinare il proprio sistema processuale senza ostacoli derivanti dal diritto dell'Unione. Del resto, la garanzia sancita nell'articolo 47 della Carta, così come anche rimarcato nelle conclusioni dell'Avvocato generale^[x], “*non impone un doppio grado di giudizio*”, ma si limita a garantire 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 della Carta di Nizza 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*”^[xi].

Nel descritto quadro di riferimento, la ritenuta compatibilità con il diritto dell'Unione dei limiti al ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato è pienamente condivisibile. Sebbene la limitazione ai motivi inerenti alla giurisdizione impedisca di per sé di contestare in Cassazione una decisione del Consiglio di Stato adottata in violazione del diritto dell'Unione, non si ravvisa in ciò alcuna incompatibilità con il principio di effettività, proprio in quanto il diritto italiano garantisce pacificamente l'accesso a un giudice imparziale per l'esame nel merito della controversia^[xii].

Va ancora evidenziato che, coerentemente con l'invocato principio di autonomia procedurale, la Corte non si preoccupa di chiarire se il contrasto rilevato dia luogo a un motivo di giurisdizione deducibile con il ricorso in cassazione o se, invece, integri un errore di giudizio estraneo al campo di applicazione del rimedio^[xiii]. Una volta escluso che l'articolo 111 co. 8 Cost., così come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale, presenti aspetti d'incompatibilità con il diritto eurounitario, diventa, infatti, irrilevante ogni più accurata indagine sui presupposti del ricorso previsto dalla citata norma costituzionale. Piuttosto, alla Corte interessa rimarcare che, quando le istanze giurisdizionali previste dal diritto nazionale non consentono più di eliminare la violazione inferta al diritto eurounitario, il rimedio debba essere individuato *“nell'obbligo, per ogni giudice amministrativo dello Stato membro interessato, compreso lo stesso supremo giudice amministrativo, di disapplicare tale giurisprudenza non conforme al diritto dell'Unione”* e, in caso di inosservanza di un tale obbligo, *“nella possibilità per la Commissione europea di proporre un ricorso per inadempimento contro tale Stato membro”* (fermo restando che i singoli lesi nel diritto a un ricorso effettivo possono pur sempre *“far valere la responsabilità di tale Stato membro, purché siano soddisfatte le condizioni relative al carattere sufficientemente qualificato della violazione e all'esistenza di un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dal soggetto leso”*). Si ribadisce così che il primato del diritto eurounitario può realizzarsi attraverso strumenti che lasciano impregiudicato il principio di autonomia procedurale.

Per altro verso, il richiamo al principio di autonomia procedurale ha levato la Corte di giustizia dall'imbarazzo di sindacare un assetto processuale sancito direttamente a livello costituzionale. Se, in ipotesi, anche le norme costituzionali degli Stati membri possono rivelare delle incompatibilità con il diritto dell'Unione, prospettare un'interpretazione di tale diritto in contrasto con le norme costituzionali degli Stati membri potrebbe risvegliare il tema dei controlimiti, rivelando una netta contrapposizione tra diritto nazionale e diritto eurounitario non facile da gestire^[xiv]. Non è questa la sede per affrontare più a fondo il problema e verificare se effettivamente l'assetto costituzionale in esame possa integrare un controlimite rispetto al diritto dell'Unione. Resta il fatto che l'aver risolto la questione in base al principio di autonomia procedurale impedisce anche solo di ipotizzare un problema di controlimiti, scongiurando opportunamente qualsiasi eventuale scontro tra Corte di giustizia e Corte costituzionale.

3. Sulla legittimazione del concorrente escluso ad impugnare gli esiti della procedura.

Nel rispondere al primo quesito la Corte affronta anche la questione della legittimazione ad agire del concorrente escluso, stigmatizzando il contrasto della decisione del Consiglio di Stato con il diritto dell'Unione, per avere il giudice italiano negato al concorrente escluso la legittimazione ad impugnare gli esiti della procedura.

In base agli articoli 1 e 2 *bis* della Direttiva ricorsi^[xv], la giurisprudenza della Corte di giustizia assume che la legittimazione a contestare gli esiti della gara spetti ai concorrenti esclusi la cui esclusione non sia “definitiva” e non debba, invece, riconoscersi ai concorrenti la cui esclusione sia “definitiva”, ossia quando sia stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o quando non possa più essere oggetto di una procedura di ricorso. Secondo la Corte, il concetto di definitività implica che l'accertamento sulla legittimità dell'esclusione sia ormai incontestabile ovvero provvisto dell'efficacia tipica del giudicato^[xvi]. Solo in questi casi il concorrente escluso sarebbe privo della legittimazione a contestare gli esiti della gara; diversamente, quando manchi il definitivo accertamento sulla legittimità dell'esclusione, la legittimazione ad impugnare gli esiti della procedura non potrebbe negarsi.

Dal punto di vista delle situazioni giuridiche, il riconoscimento della legittimazione in capo al concorrente escluso mira a tutelare il suo interesse strumentale alla ripetizione della gara, considerato che l'eventuale accoglimento del ricorso, se pur inidoneo a garantire l'utilità finale rappresentata dall'aggiudicazione, avrebbe pur sempre come effetto la rinnovazione della gara, rivelando in ciò il concreto interesse a coltivare l'impugnazione. Del resto, la stessa attenzione per una tutela piena ed effettiva che ricomprenda in sé l'interesse strumentale è alla base della giurisprudenza della Corte Ue sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, secondo la quale il ricorso principale deve essere esaminato anche quando sia accolto il ricorso incidentale, sul presupposto che l'eventuale annullamento dell'aggiudicazione potrebbe indurre la stazione appaltante a rinnovare la procedura^[xvii].

In conformità alla sua giurisprudenza, la Corte ritiene, dunque, che il difetto di legittimazione pronunciato dal Consiglio di Stato violi il diritto a un ricorso effettivo, osservando che sia al momento di proposizione del ricorso al giudice di primo grado, sia al momento della decisione del ricorso da parte di tale giudice, l'esclusione non poteva ritenersi definitiva in quanto non precedentemente “*ritenuta legittima da quest'ultimo giudice o da qualsiasi altro organo di ricorso indipendente*”. L'inciso non brilla per chiarezza perché non sembra tenere adeguatamente in conto che anche il Consiglio di Stato, e non solo il Tar adito in primo grado, aveva giudicato legittima l'esclusione. Tuttavia, ciò che la Corte intende affermare è che, al momento in cui è stata instaurata e decisa per la prima volta l'impugnazione, non esisteva alcun accertamento definitivo e irretrattabile sulla legittimità dell'esclusione. Sicché, rifiutando di esaminare nel merito la domanda volta all'annullamento dell'aggiudicazione, il Consiglio di Stato avrebbe negato tutela ad una situazione giuridica protetta dal diritto eurounitario, quale appunto l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara^[xviii].

Senonché, secondo una diversa ricostruzione emersa principalmente in dottrina^[xix], un'interpretazione della direttiva ricorsi più aderente alla sua formulazione letterale escluderebbe di ricollegare la definitività dell'esclusione al passaggio in giudicato della decisione che ne accerti la legittimità^[xx]. Piuttosto, ad integrare il concetto di definitività, sarebbe sufficiente una decisione amministrativa o giurisdizionale che abbia riconosciuto la legittimità dell'esclusione. In questa prospettiva, la decisione del Consiglio di Stato apparirebbe corretta, in quanto, a prescindere dalla formazione del giudicato, il difetto di legittimazione ad impugnare gli esiti della procedura verrebbe a colpire un concorrente “definitivamente” escluso in virtù di un provvedimento giudicato due volte legittimo, sia dal giudice di primo grado che dal giudice di appello^[xxi].

Tra le due la ricostruzione preferibile appare quella avallata dalla Corte di giustizia, poiché il prospettato ampliamento della legittimazione ad agire garantisce piena tutela ad una

situazione giuridica strumentale che, a differenza di quanto ritenuto dal Consiglio di Stato, non sembra potersi sottrarre all'ordinaria protezione riservata all'interesse legittimo. Sotto questo profilo, il paventato rischio che, nel seguire la giurisprudenza europea, il processo amministrativo venga ad assumere una connotazione marcatamente oggettiva deve essere probabilmente ridimensionato, considerato che l'interesse strumentale è pur sempre riferibile a un soggetto che originariamente ha partecipato alla procedura e che, in quanto operatore economico in un determinato settore, aspira a partecipare alle gare pubbliche di quel settore.

In ogni caso, il contrasto tra Consiglio di Stato e Corte di giustizia testimonia la perdurante attualità di una riflessione sulle situazioni giuridiche soggettive e sulla consistenza degli interessi che ne sono oggetto. Rapportata al diritto interno, la riflessione non può, però, adagiarsi sulla dicotomia interesse legittimo/interesse di fatto, ma deve adeguatamente misurarsi con le concezioni strumentali e finali dell'interesse legittimo^[xxii].

4. Osservazioni conclusive. Sulle attuali criticità dell'articolo 111 co. 8 Cost.

La sentenza della Corte di giustizia induce ad alcune osservazioni conclusive sull'assetto giurisdizionale sancito dalla nostra Costituzione, che proprio nell'articolo 111 co. 8 rinviene una delle norme più significative e problematiche.

Va sottolineato che la questione posta dall'articolo 111 co. 8 Cost. è ben più ampia e generale di quella prospettata dalla Cassazione nell'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia. Nella sua portata più generale, infatti, la questione si sostanzia nel diverso trattamento processuale riservato a tutte le decisioni del Consiglio di Stato che, a differenza di quelle del giudice ordinario, possono essere impugnate in Cassazione solo per motivi di giurisdizione ma non per violazione di legge. Si tratta, dunque, di una questione che tocca il complesso delle decisioni assunte dal Consiglio di Stato, non soltanto quelle contrastanti con il diritto dell'Unione, ma anche quelle pronunciate in violazione del diritto nazionale. Solo in questa più ampia prospettiva possono adeguatamente cogliersi le attuali criticità poste dalla norma costituzionale, ulteriori e diverse rispetto a quelle indicate dalla Corte di Cassazione.

Una prima criticità riguarda direttamente l'articolo 111 co. 8 Cost, laddove prevede una disciplina del ricorso in Cassazione diversa da quella riservata alle sentenze del giudice ordinario. È noto, al riguardo, che il differente trattamento processuale riflette il modello giurisdizionale dualistico sancito nella nostra Costituzione, ripartito tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa^[xxiii]. Nell'originario contesto costituzionale, il modello veniva giustificato con ragioni di continuità con il sistema, ovvero in funzione della diversa natura delle situazioni giuridiche devolute all'una o all'altra giurisdizione, ovvero ancora in base alle differenti tipologie di tutela rispettivamente dispensabili dal giudice amministrativo e dal giudice ordinario. Pertanto, nell'ambito di un siffatto sistema dualistico, non appariva incoerente sottrarre le decisioni del Consiglio di Stato al controllo di legittimità previsto per le sentenze del giudice ordinario, dal momento che in tal modo la funzione nomofilattica della Cassazione avrebbe investito la sola giurisdizione ordinaria, così da porre le condizioni per lo sviluppo di un'autonoma nomofilachia della giurisdizione amministrativa rapportata alla specificità delle controversie sugli interessi legittimi.

Il quadro originario ha, però, subito dei progressivi mutamenti. L'interesse legittimo ha cambiato profondamente fisionomia; la tutela dispensabile dal giudice amministrativo non è più solo quella costitutiva di annullamento ma anche quella risarcitoria o più in generale di condanna; nonostante la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, il giudice amministrativo mantiene una significativa cognizione sui diritti soggettivi, considerato il progressivo aumento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva; il giudice amministrativo dispone degli stessi poteri e mezzi istruttori del giudice ordinario. Pur non eliminandola, una tale evoluzione riduce di molto l'originaria distanza tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, poiché tanto il giudice amministrativo quanto il giudice ordinario possono decidere sui diritti con gli stessi poteri e tanto l'uno quanto l'altro sono spesso chiamati ad applicare le stesse norme, come accade nelle controversie risarcitorie rispettivamente attribuite all'una o all'altra giurisdizione. Ciò non di meno, a causa del differente regime costituzionale del ricorso in Cassazione, la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa conservano ciascuna una propria e autonoma nomofilachia. Il regime differenziato rivela così la carenza di una funzione nomofilattica unitaria, anche quando le controversie devolute alle rispettive giurisdizioni abbiano ad oggetto la medesima situazione giuridica di diritto soggettivo e richiedano l'applicazione della medesima disciplina. A fronte di questo stato di cose, talvolta, è stata evocata la violazione del principio di uguaglianza o di certezza del diritto, nel convincimento che solo una funzione nomofilattica unitaria possa garantire quella uniforme interpretazione del diritto altrimenti compromessa^[xxiv]. Se, concettualmente, una funzione nomofilattica unitaria presuppone una giurisdizione unica, l'obiettivo di un'uniforme interpretazione del diritto può raggiungersi anche per altra via. Al di là dell'eventualità di estendere, almeno in alcuni casi, il ricorso in cassazione per violazione di legge alle decisioni del Consiglio di Stato^[xxv], varie, infatti, sono le proposte per ovviare all'*impasse*: istituire una giurisdizione unitaria con sezioni specializzate applicate alle controversie di diritto amministrativo^[xxvi]; inserire, in determinate ipotesi, una quota di magistrati amministrativi nel collegio delle sezioni unite della Corte di cassazione^[xxvii]; coltivare spazi di confronto ed elaborazioni comuni tra consiglieri della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato^[xxviii]. Si tratta di aspetti estremamente complessi e non soltanto perché alcune delle soluzioni prospettate implicano una modifica costituzionale. Ma anche perché un ipotetico superamento della doppia nomofilachia, pur se avvenga con l'introduzione di una giurisdizione unica, deve comunque confrontarsi con l'esigenza di preservare una funzione giurisdizionale centrata sui rapporti tra privato e pubblica amministrazione, capace di adattarsi alle diverse dinamiche che ancora distinguono il diritto amministrativo dal diritto comune^[xxix]. Di certo una questione così rilevante non può compiutamente risolversi a Costituzione vigente, né coinvolgendo il diritto dell'Unione su profili processuali interni e di rilevanza costituzionale.

Una seconda criticità non riguarda direttamente l'articolo 118 co. 8 Cost, ma le sue possibili implicazioni nelle concrete dinamiche del sistema di giustizia amministrativa. Tralasciando la questione della nomofilachia, il differente regime processuale del ricorso in Cassazione di per sé non pregiudica la pienezza ed effettività della tutela. Se, infatti, la previsione costituzionale del ricorso per violazione di legge garantisce che tutte le decisioni del giudice ordinario siano sottoposte ad un successivo controllo giurisdizionale, ugualmente, nell'ambito della giurisdizione amministrativa, la previsione costituzionale di "*organi di giustizia amministrativa di primo grado*" garantisce che le decisioni di tali organi siano sempre sottoposte al successivo controllo giurisdizionale del Consiglio di Stato^[xxx]. In altri termini, il differente regime del ricorso in Cassazione non scalfisce quel generale principio d'impugnabilità pervasivo

dell'ordinamento giuridico che richiede di sottoporre la decisione del primo giudice almeno ad un successivo controllo giurisdizionale.

Ciò, tuttavia, non toglie che, in alcune specifiche ipotesi, proprio il differente regime del ricorso in Cassazione possa far sì che una decisione di merito del giudice amministrativo sia di fatto sottratta a un successivo controllo giurisdizionale. Si considerino i casi in cui il Consiglio di Stato, sulla base di una giurisprudenza ormai pacifica che interpreta restrittivamente le cause di rimessione al primo giudice, decida per la prima volta nel merito la lite dopo aver riformato la decisione di primo grado che abbia omesso di pronunciarsi su una o più domande o che abbia erroneamente dichiarato il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile^[xxxix]. In queste ipotesi, la mancata previsione del ricorso in Cassazione per violazione di legge impedisce, infatti, alla decisione del Consiglio di Stato che per la prima volta abbia deciso nel merito la lite di essere sottoposta ad un successivo controllo giurisdizionale, poiché un ipotetico ricorso in Cassazione resterebbe necessariamente circoscritto ai profili giurisdizionali. Verrebbe così a determinarsi una violazione del principio d'impugnabilità che, nella giurisdizione amministrativa, si realizza compiutamente attraverso la garanzia costituzionale del doppio grado di giudizio^[xxxix]. In realtà, il discorso non è così semplice e lineare, perché, secondo la prevalente giurisprudenza, la decisione di merito assunta dal Consiglio di Stato in riforma di un'erronea sentenza di rito non violerebbe affatto il principio del doppio grado, sul presupposto che tale principio si esaurirebbe nella pura e semplice possibilità di appellare la decisione di primo grado, quale che ne sia il contenuto se di rito o di merito^[xxxix]. Ove, invece, si ritenga che il doppio grado richieda un secondo controllo giurisdizionale necessariamente esteso ai contenuti di merito delle pronunce giurisdizionali, i soli idonei a definire la lite con l'efficacia del giudicato sostanziale, il fatto che la decisione di merito resa per la prima volta dal giudice di appello resti sottratta ad un successivo controllo giurisdizionale, che non sia quello limitato ai profili di giurisdizione, rivela delle indubbe criticità rispetto alla garanzia del diritto di azione nel cui ambito è inquadrabile il principio del doppio grado. Volendo accogliere questa accezione "forte" del doppio grado, la questione si risolverebbe agevolmente attraverso un'interpretazione meno restrittiva della disciplina sulla rimessione e più aderente a una concezione evolutiva del diritto di azione^[xxxix], tale da ricondurre all'ipotesi generale di "lesione del diritto di difesa"^[xxxix] anche i casi di omessa pronuncia o di erronea chiusura in rito^[xxxix].

Dalle considerazioni esposte emerge, dunque, che le attuali criticità poste dall'articolo 111 co.8 Cost. investono aspetti centrali del nostro sistema giurisdizionale e non si esauriscono in quelle segnalate dalla Cassazione. Tali criticità devono essere affrontate e superate all'interno del nostro ordinamento, attraverso le opportune o necessarie modifiche alla Costituzione, ovvero mediante interpretazioni della legge processuale meno restrittive e più attente all'evoluzione delle garanzie costituzionali. Viceversa, anche per le ragioni desumibili dalla decisione sul caso Randstad, le rilevate criticità non possono essere affrontate e superate affidandosi esclusivamente al diritto dell'Unione.

*Il presente contributo è destinato al volume *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2021*, a cura di F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti, in corso di pubblicazione.

[i] Cons. St., sez. III, 7 agosto 2019 n. 5606, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[ii] Ci si riferisce, più esattamente, all'ordinanza della Corte di cassazione, sez. un., 18 settembre 2020 n. 19598; sull'ordinanza e le sue implicazioni, M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia Insieme*, 30 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*, 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); F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia Insieme*, 11 novembre 2020; Id., *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *Federalismi.it*, n. 34/2020; G. Tropea, *Il Golem europeo e i "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Giustizia Insieme*, 7 ottobre 2020; A. Travi, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 11/2020, parte I, 2415 ss.; A. Carbone, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Ue e rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2021, 65 ss.; A. Carratta, a cura di, *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, Roma, 2021; 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*, 18 novembre 2020; R. Baratta, *Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice amministrativo*, in *Eurojus* 1/2021, 167 ss.; all'ordinanza della Cassazione è dedicato il fascicolo n. 1 del 2021 della *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*; in una prospettiva più ampia, che inquadra l'ordinanza nell'attuale struttura pluralistica del sistema giurisdizionale designato dalla Costituzione, F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *Giustizia Insieme*, 24 maggio 2021, anche in *Questione giustizia*, 1/2021, 133 ss.

[iii] Più esattamente, le norme europee invocate dalla Corte di cassazione a sostegno della prima questione pregiudiziale sono gli artt. 4 par. 3 e 19, par. 1 TUE; artt. 2, parr. 1 e 2, 267 TFUE; art. 47 della Carta dei diritti fondamentali.

[iv] Le norme europee invocate a sostegno di questa seconda questione sono le stesse richiamate a proposito della prima questione (v. nota precedente).

[v] Il riferimento è a Corte di giustizia Ue, 4 luglio 2013, c. 100/12, in *Foro it.*, 2014, IV, 395 con nota di A. Travi; Corte giustizia UE, 5 aprile 2016, C- 689/13, in *Foro it.*, 2016, IV, 324 con nota di G. Sigismondi, *Ricorso incidentale escludente: l'ultimo orientamento della Corte di giustizia porta all'emersione di un contrasto più profondo*; Corte giustizia Ue, 5 settembre 2019, C – 333/18, Lombardi, in *Foro it.*, 2020, IV, 55, con nota di E. Zampetti.

[vi] Sulla sentenza della Corte di giustizia Ue, F. Francario, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia spa*, in *Federalismi.it*, 9 febbraio 2022; intervista di R. Conti a F. Francario, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte giust., G.S., 21 dicembre 2021 – causa C-497/20, Randstad Italia?*, in *Giustizia Insieme*, 18 gennaio 2022; intervista di R. CONTI a G. Montedoro, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 - causa C-497/20, Randstad Italia?*, in *Giustizia Insieme*, 18 gennaio 2022; intervista di R. Conti a P. Biavati, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 - causa C-497/20, Randstad Italia?*, in *Giustizia Insieme*, 21 gennaio 2022; intervista di R. Conti a R. Rordorf, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 - causa C-497/20, Randstad Italia?*, in *Giustizia Insieme*, 31 gennaio 2022; intervista di R. Conti a E. Cannizzaro, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 - causa C-497/20, Randstad Italia?*, in *Giustizia Insieme*, 22 febbraio 2022; M. Mazzamuto, *Il dopo randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia Insieme*, 16 marzo 2022; P. Biavati, *Brevi osservazioni sul caso Randstad Italia*, in *Questione giustizia*, 9 marzo 2022; in una prospettiva più ampia, che prende in specifica considerazione anche la sentenza in esame della Corte di giustizia, M. Magri, *Individuazione dell'interesse legittimo e accertamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, dopo il "caso Randstad"*, in *Giustizia Insieme*, 21 aprile 2022.

[vii] Per quanto riguarda il rispetto del principio di equivalenza, la Corte sottolinea che, alla luce degli elementi forniti nell'ordinanza di rinvio, "l'articolo 111, ottavo comma della Costituzione, come interpretato nella sentenza n. 6/2018, limita con le medesime modalità, la competenza della Corte suprema di cassazione a trattare ricorsi avverso sentenze del Consiglio di Stato, indipendentemente dal fatto che tali ricorsi siano basati su disposizioni di diritto nazionale o su disposizioni di diritto dell'Unione" e che, di conseguenza, "una siffatta norma di diritto interno non violi il principio di equivalenza".

[viii] Cfr., ad esempio, Corte di giustizia Ue, 17 marzo 2016, C-161/15, *Abdelhafid Bensada Benallal*, la quale afferma che "in mancanza di norme dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilirle, in forza del principio di autonomia procedurale, a condizione, tuttavia, che esse non siano meno favorevoli rispetto a quelle

relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività)".

[ix] Come noto, l'articolo 47 della Carta di Nizza stabilisce che "ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. 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. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia". Il successivo articolo 52 prevede che "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà" e che "nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui". Dal suo canto, l'articolo 1, par. 3 della Direttiva Cee 21 dicembre 1989, n. 89/665/Cee, sancisce che "gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione"; in argomento, si veda, in particolare, F. Aperia Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 279 ss., nonché S. Tranquilli, *Una rivoluzione che parte dall'effettività della tutela giurisdizionale. Imparzialità e indipendenza del giudice secondo i Giudici di Lussemburgo*, in *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2019*, a cura di F. Aperia Bella, A. Carbone, E. Zampetti, Roma, 2020, 31 ss.

[x] Così le conclusioni dell'Avvocato generale nella causa c-497/20 originata dal rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte di Cassazione con la citata ordinanza n. 19598 del 2020, cit.; per un sintetico inquadramento delle conclusioni dell'Avvocato generale, E. Zampetti, *Le conclusioni dell'Avvocato generale sulle questioni pregiudiziali poste dall'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia Insieme*, 13 settembre 2021.

[xi] Così sempre le conclusioni dell'Avvocato generale.

[xii] Più esattamente, la Corte rileva che, sebbene "spetti al giudice del rinvio verificare se nell'ordinamento giuridico italiano esista, in linea di principio, un siffatto rimedio giurisdizionale nel settore dell'aggiudicazione degli appalti pubblici" (ossia un rimedio che consenta di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione), nessun elemento menzionato nell'ordinanza di rimessione o nelle successive osservazioni presentate al giudicante "induce a ritenere a priori che il diritto processuale italiano abbia, di per sé, l'effetto di rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, in tale settore del diritto amministrativo, dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione".

[xiii] All'indomani dell'ordinanza di rimessione una parte della dottrina ha rilevato che la questione posta alla Corte di giustizia Ue avrebbe potuto essere pacificamente risolta dalla stessa Corte di cassazione, alla stregua di una questione di giurisdizione sindacabile ai sensi dell'articolo 111 co. 8 Cost. Più esattamente, si argomenta che, nella misura in cui ha dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnazione del concorrente escluso avverso il provvedimento di aggiudicazione, il Consiglio di Stato abbia di fatto negato tutela giurisdizionale all'interesse strumentale alla ripetizione della gara, opponendo un vero e proprio rifiuto di giurisdizione nei confronti di una situazione giuridica pacificamente tutelata dal diritto eurounitario. Tale ricostruzione è stata sostenuta, in particolare, da F. Francario, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia spa*, cit., 7 ss., il quale rileva che non vi sarebbe "necessità di ridisegnare i contorni dell'eccesso di potere giurisdizionale, né di reinvestire la Corte costituzionale della questione, dal momento che la sentenza 6/2018 non ha certo espunto dal novero dei motivi di giurisdizione la figura del rifiuto di giurisdizione, ma ha solo chiarito che tale figura non può essere dilatata oltre i limiti tradizionalmente noti. Pertanto, una sentenza che continuasse a negare in termini assoluti l'interesse strumentale alla ripetizione della gara ben potrebbe e dovrebbe essere cassata dalle Sezioni Unite per rifiuto di giurisdizione" (sul punto, si veda sempre F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, cit.). Al di là di quella che può ritenersi l'esatta perimetrazione dell'eccesso di potere giurisdizionale, il rifiuto di giurisdizione viene, infatti, tradizionalmente inquadrato nei motivi inerenti alla giurisdizione che possono essere dedotti con il ricorso ex articolo 111 co.8 Cost. In tal senso si è recentemente espressa la citata decisione n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, la quale, oltre che ai casi di sconfinamento, riferisce l'eccesso di potere giudiziario anche alle ipotesi in cui il Consiglio di Stato o la Corte dei conti neghino la propria giurisdizione "sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento)". Da qui, secondo la ricostruzione in esame, l'inquadramento della decisione del Consiglio di Stato in un'ipotesi di rifiuto di giurisdizione avrebbe consentito alla Corte di cassazione di decidere l'impugnazione senza rivolgersi preliminarmente alla Corte di giustizia Ue. Da un'altra prospettiva, si ritiene, invece, che il difetto di legittimazione pronunciato dal Consiglio di Stato sia inquadrabile in un *error in iudicando* e non in un motivo di giurisdizione (nemmeno *sub specie* di rifiuto di giurisdizione). In questi termini, M. Mazzamuto, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto*, cit., par.3: "da parte nostra si condivide pienamente l'idea che si tratti di *error in iudicando*, poiché attinente al merito, così del resto già sostenuto dall'antica dottrina (così ad es. Federico Cammeo; v. M. Mazzamuto, *L'eccesso...*, cit.) e così come del resto si ricava da ciò che normalmente fa la giurisprudenza civile quando, anche nel caso che ricorra invero un interesse di fatto, rigetta un'azione perché il diritto vantato non sussiste, pronunciandosi cioè sul merito e non dichiarando il difetto di giurisdizione". Va da sé che, nel caso di specie, un ipotetico *error in*

indicando potrebbe anche investire le regole sulla legittimazione ad agire, ove si assuma che il Consiglio di Stato abbia negato tutela all'interesse strumentale non perché lo ritenga sottratto in assoluto alla sua cognizione giurisdizionale, ma perché reputi il concorrente legittimamente escluso carente della legittimazione ad azionarlo; in generale sul tema, anche con specifico riferimento alla tormentata vicenda dell'eccesso di potere giurisdizionale con tutte le sue evoluzioni (o involuzioni) giurisprudenziali, M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, cit., 119 ss; in un contesto più ampio, anche oltre il caso Randstad, la questione è affrontata da M. Magri, *Individuazione dell'interesse legittimo e accertamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, dopo il "caso Randstad"*, cit., par. 4.

[xiv] Sul tema, si veda G. Tropea, *Il Golem europeo e i "motivi inerenti alla giurisdizione"*, cit., par. 4, il quale, in una riflessione sviluppata anteriormente alla pronuncia della Corte di giustizia, non escludeva un'ipotetica attivazione dei controlimiti, nel caso in cui la Corte di giustizia avesse rilevato l'incompatibilità con il diritto dell'Unione dell'assetto processuale interno, e in particolare dell'articolo 111 co. 8 Cost.

[xv] Al riguardo viene in rilievo il combinato disposto degli articoli 1 e 2 *bis* della Direttiva ricorsi nella parte in cui prevedono, rispettivamente, che gli Stati membri debbano rendere accessibili le procedure di ricorso a "chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione" e che "gli offerenti sono considerati "interessati se non sono già stati definitivamente esclusi", laddove s'intende esclusione definitiva quella che "è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente" ovvero quella che "non può più essere oggetto di una procedura di ricorso".

[xvi] Corte di giustizia Ue., 21 dicembre 2016, C -355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, secondo cui "l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa". Sebbene la decisione non chiarisca esattamente quando l'esclusione debba considerarsi definitiva, nel caso di specie l'esclusione adottata nei confronti del concorrente era stata confermata da una decisione giurisdizionale passata in giudicato prima che il giudice investito del ricorso avverso l'aggiudicazione di quella stessa procedura decidesse. Da questa circostanza si evince che le conclusioni della Corte di giustizia nella citata sentenza sono assunte sul presupposto che la definitività dell'esclusione è correlata al passaggio in giudicato della decisione che ne accerti la legittimità. In tal senso si è del resto chiaramente espressa la sentenza della Corte di giustizia Ue, 11 maggio 2017, C - 131/16, *Arbus e Gama*. Nel ribadire il principio per cui "all'offerente che ha proposto ricorso deve essere riconosciuto un interesse legittimo all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario che può portare, se del caso, alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare", la decisione ha tenuto a precisare che la diversa conclusione assunta nella citata sentenza del 21 dicembre 2016 non sconfessa il principio affermato, considerato che, in quel caso, l'esclusione dell'offerente era "stata confermata da una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto statuisse, in modo tale che detto offerente doveva essere considerato definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione". Nel che viene espressamente confermato che, per la Corte di giustizia, l'esclusione è definitiva quando l'accertamento della sua legittimità abbia acquisito l'autorità della cosa giudicata.

[xvii] Si fa riferimento alle note decisioni della Corte di giustizia Ue, 4 luglio 2013, c. 100/12, cit. 395; Corte giustizia UE, 5 aprile 2016, C- 689/13, cit., 324; Corte giustizia Ue, 5 settembre 2019, C - 333/18, *Lombardi*, cit., 55. Tuttavia, le fattispecie coinvolte in queste decisioni sono parzialmente diverse da quella in rilievo nel caso Randstad, considerato che, nelle prime, l'esclusione del concorrente è l'effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale, mentre, nella seconda, l'esclusione del concorrente è adottata direttamente dalla stazione appaltante (sul punto, cfr. Corte di giustizia Ue, 21 dicembre 2016, cit., paragrafi 30-33).

[xviii] Da qui la conclusione della Corte secondo la quale "la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta da parte del Consiglio di Stato, che ha dichiarato irricevibile la parte del ricorso della Randstad con cui quest'ultima contestava l'aggiudicazione dell'appalto al raggruppamento Synergie-Umana, è incompatibile con il diritto a un ricorso effettivo garantito dall'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, letto alla luce dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, di quest'ultima".

[xix] Si vedano i rilievi di R. Villata, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo qual figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, n. 2/2018, 325 ss. anche in *Id.*, *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, Milano, 2019, 121 ss.

[xx] Come si è già ricordato, ai sensi dell'articolo 2 *bis* della direttiva ricorsi (21 dicembre 1989 n. 89/665/Cee), l'esclusione si intende definitiva quando "è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente" o quando "non può più essere oggetto di una procedura di ricorso". Secondo la ricostruzione esaminata, la definitività dell'esclusione non sarebbe

testualmente correlata al passaggio in giudicato della decisione giurisdizionale che abbia accertato la legittimità della medesima esclusione.

[xxi] Del resto, la decisione in esame del Consiglio di Stato recepisce le conclusioni della sentenza dell'Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4, in *Foro it.*, 2011, III, 306, con nota di G. Sigismondi, secondo la quale “la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso”, posto che “la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva”; pertanto, “non spetta alcuna legittimazione a contestare gli esiti della gara al concorrente escluso dalla gara, che non abbia impugnato l'atto di esclusione o la cui impugnazione sia stata respinta”. Come è agevole constatare, la decisione dell'Adunanza Plenaria non collega la definitività dell'esclusione al passaggio in giudicato della decisione, ma al solo fatto che l'impugnazione avverso l'esclusione sia stata respinta, ossia alla circostanza manifestatasi nel caso in esame, laddove i motivi d'impugnazione proposti dall'operatore economico avverso l'esclusione sono stati respinti sia dal giudice di primo grado che dal giudice di appello; sulle condizioni dell'azione nella materia dei contratti pubblici, si veda, recentemente, D. Capotorto, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso amministrativo in materia di appalti: "l'interesse meramente potenziale" nuovo paradigma dell'ordinamento processuale?*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2020, 665 ss.

[xxii] Sul punto, F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferno (la questione di giurisdizione)*, cit., par. 5, il quale, rievocando *l'Ebbene, ch'ei si rassegni* di Pasquale Stanislao Mancini, pone chiaramente la seguente alternativa: “ecco, siamo praticamente tornati innanzi al medesimo bivio, perché anche oggi si tratta di stabilire se il cittadino debba rassegnarsi o se sia giusto e doveroso tutelare l'interesse strumentale al corretto esercizio del potere; ovvero se l'interesse legittimo debba irrigidirsi sul carattere di una situazione finale o possa o debba sfruttare l'elasticità propria di una situazione strumentale”. Sulla concezione strumentale dell'interesse legittimo, si rinvia per tutti a F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, spec. 410 ss.; sulla concezione finale dell'interesse legittimo, G. Greco, *Dal dilemma del diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale – interesse finale*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2014, 479 ss.; di recente, sul tema generale delle situazioni giuridiche soggettive, M. Trimarchi, *Decisione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, in R. Ursi – M. Renna (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 131 ss.; A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020.

[xxiii] Sul tema, di recente, M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2021, 215 ss.

[xxiv] Si veda, ad esempio, A. TRAVI, *Unità della giurisdizione e costituzione*, in E. Fabiani – A. Tartaglia Polcini (a cura di), *Sull'unità della giurisdizione in ricordo di Franco Cipriani*, Napoli, 2011, 72, il quale evidenzia la difficoltà di accettare che “disposizioni identiche (o disposizioni diverse, riconducibili però a principi o a contesti identici) vengano interpretate ed applicate in modo diverso solo perché parte in causa è un'amministrazione”, rilevando che “nella situazione attuale mi pare evidente una violazione grave dei un principio basilare dell'ordinamento costituzionale, ossia del principio di eguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost.”; F. Bile, *Intorno all'unità della giurisdizione*, in *Foro it.*, 4/2011, 95, osserva che “la limitazione del ricorso in Cassazione per violazione di legge alla sola giurisdizione ordinaria e la correlativa sua esclusione per quella amministrativa potrebbero oggettivamente risolversi nella mancanza di una sede istituzionale per comporre eventuali contrasti fra giudici ordinari e giudici amministrativi nell'interpretazione delle stesse norme, pur se relative (come si è detto) a diritti fondamentali. Si restringerebbe così l'esercizio effettivo del potere di nomofilachia e si porrebbe in pericolo il bene essenziale della certezza del diritto, cioè il principio supremo dell'eguaglianza di tutti di fronte alla legge proclamato dall'art. 3 della Carta”.

[xxv] Ci si riferisce, ad esempio, ai casi in cui le decisioni del Consiglio di Stato vertano su diritti soggettivi; sul punto, M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa*, cit., 223, evidenzia la difficoltà di raggiungere il risultato attraverso un'interpretazione estensiva dell'articolo 111 co.8 Cost.: “appare del resto arduo, a Costituzione invaiata, imboccare la via di interpretare l'art. 111, comma 8, nel senso di ammettere il ricorso in Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato per violazione di legge almeno limitatamente ai casi nei quali esse si pronuncino sui diritti soggettivi”.

[xxvi] A. Travi, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 1/2021, 27, il quale sottolinea che “il superamento della pluralità delle giurisdizioni è possibile solo in un quadro di reale specializzazione del giudice ordinario, come d'altra parte esiste in altri paesi europei”; in ogni caso, l'evocazione della giurisdizione unica investe profili generali e non resta circoscritto all'esigenza di una nomofilachia unitaria: sul tema, C. Marzuoli - A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 895 ss.; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto*, cit., 33 ss.; A. Proto Pisani, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in E. Fabiani - A. Tartaglia Polcini (a cura di), *Sull'unità della giurisdizione in ricordo di Franco Cipriani*, cit., 89 ss.; L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione giustizia*, 3/2015, 106 ss.

[xxvii] R. Rordorf, *Il ragno e la tela: note a margine di uno scritto di Scoditti e Montedoro sulla pluralità delle giurisdizioni*, in *Questione giustizia*, 1/2021, 82 ss., spec. 85.

[xxxviii] A. Cosentino, *Qualche riflessione su pluralità delle giurisdizioni e nomofilachia*, in *Questione e giustizia*, 1/2021, 96 ss., spec. 100-101.

[xxxix] La mancata valorizzazione della specificità della giurisdizione amministrativa è criticata, tra gli altri, da M. A. Sandulli, *La "risorsa" del giudice amministrativo*, in *Questione e giustizia* n. 1/2021, 38 ss. Più esattamente, l'A. osserva che 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 pregiudizievoli 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, pongono il problema della ragionevolezza e della proporzionalità di una sostanziale duplicazione della stessa funzione". Proprio al fine di valorizzare la specificità della giurisdizione amministrativa, senza che a ciò possa opporsi un'ingiustificata duplicazione della funzione giurisdizionale (ordinaria e amministrativa), l'A. non esclude che vada forse "ripensata anche l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria, ipotizzando magari una mera partecipazione del relatore della sentenza al collegio giudicante ordinario"; F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, cit., par.4, nel valorizzare la specificità della giurisdizione amministrativa, evidenzia come l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di disporre il risarcimento dei danni non debba mai allontanare il giudice amministrativo dalla sua "mission istituzionale (e costituzionale)", che è quella di assicurare "giustizia nell'amministrazione". L'A. ritiene prioritario evitare qualsiasi tendenza volta ad una progressiva sostituzione della tutela risarcitoria alla tutela di annullamento, rilevando che "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 è stata introdotta nel nostro ordinamento una giurisdizione generale di legittimità e se ne è individuato il suo giudice naturale in quello amministrativo". Conclusivamente, l'A. evidenzia che il diritto amministrativo e il suo giudice debbano necessariamente conservare la loro specialità "perché forme e modi della cura e della protezione sostanziale 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".

[xxx] Il riferimento è all'articolo 125 Cost., ai sensi del quale "nella regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica".

[xxxii] Il riferimento alle decisioni dell'Adunanza Plenaria, 30 luglio 2018 nn. 10 e 11, nonché 28 settembre 2018 n. 15, in www.giustizia-amministrativa.it. Secondo queste decisioni, il giudice di appello che riformi un'erronea decisione in rito (che, cioè, abbia erroneamente dichiarato inammissibile, improcedibile o irricevibile il ricorso) sarebbe tenuto a decidere nel merito la controversia senza dover rinviare la causa al primo giudice. Ugualmente, il giudice di appello che riformi una decisione che abbia erroneamente omissa di pronunciarsi su una o più domande sarebbe tenuto a decidere sulla domanda dimenticata senza dover rinviare la causa al primo giudice. La Plenaria giunge a queste conclusioni sul presupposto che l'articolo 105 c.p.a. non preveda espressamente tra le cause di rimessione al primo giudice i casi di omissa pronuncia o di erronea decisione in rito e che tali casi non possano essere ricondotti alla causa di rimessione rappresentata dalla "lesione del diritto di difesa".

[xxxiii] Sul principio del doppio grado nel processo amministrativo, si veda, da ultimo, E. Zampetti, *Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo. Studio sugli esiti del giudizio di appello*, Napoli, 2020, 41 ss.; tra la dottrina che si è occupata del principio del doppio grado, si veda, in particolare, G. Serges, *Il principio del doppio grado di giurisdizione nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993 e F. Sorrentino, *Il doppio grado di giudizio nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, 1996, 1387 ss.

[xxxiiii] Secondo le decisioni dell'Adunanza Plenaria, nn. 10 e 11 del 2018, cit., il fatto che il giudice di appello decida il merito della controversia quando riformi l'erronea sentenza di rito non determinerebbe alcuna violazione del principio del doppio grado, poiché tale principio non implicherebbe che "il merito debba essere sempre esaminato in ciascun grado, conformemente alla natura devolutiva del mezzo d'appello", sicché il giudice di appello sarebbe comunque chiamato ad un nuovo esame dell'intera controversia, senza che rilevi in contrario la circostanza che il primo giudice, sia pure erroneamente, non abbia pronunciato anche sul merito.

[xxxv] In quest'ottica, la garanzia costituzionale del diritto di difesa deve intendersi a tutela di una pronuncia di merito, nel senso che tende ad assicurare che le domande proposte in giudizio siano esaminate dal giudice per addivenire a una soluzione della lite nei suoi aspetti sostanziali. Di conseguenza, se il giudice di primo grado, per un suo errore, non decide nel merito la lite, tale errore rivelerebbe una violazione del diritto di difesa perché impedisce di ottenere una pronuncia di merito; conseguentemente, il giudice di appello deve rinviare la causa al primo giudice e ciò anche al fine di garantire la piena realizzazione del doppio grado di giudizio.

[xxxvi] Come noto, l'articolo 105 c.p.a. prevede che "il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado soltanto se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti, ovvero dichiara la nullità della

14 luglio 2022

sentenza, o riforma la sentenza o l'ordinanza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio”.

[xxxvi] Per questi aspetti, anche in relazione alla concezione “forte” del principio del doppio grado nella giurisdizione amministrativa, E. Zampetti, *Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo. Studio sugli esiti del giudizio di appello*, cit., 183 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-598-7

Diritto e processo amministrativo, n. 2158 – 27 gennaio 2022

Le concessioni balneari dopo le pronunce Ad. Plen. 17 e 18 2021. Definito il giudizio di rinvio innanzi al C.G.A.R.S. (nota a Cgars, 24 gennaio 2022 n. 116)

di Enrico Zampetti

1. La sentenza merita di essere segnalata in quanto applica i principi affermati dalle recenti sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021 in materia di concessioni demaniali marittime.

Proprio il giudizio adesso definito era stato uno dei due selezionati dal Presidente del Consiglio di Stato nel deferire d'ufficio all'Adunanza Plenaria la questione della compatibilità con il diritto europeo della vigente disciplina nazionale in materia di proroga delle concessioni demaniali marittime (art. 1, commi 682 e 683, legge n. 30 dicembre 2018 n. 145; art. 182, co.2, d.lgs. 19 maggio 2020 n. 34), sottoponendo, segnatamente, i seguenti quesiti di diritto: "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 della legge 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, del decreto-legge 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, della legge 30 dicembre 2018, n. 145».

Le sentenze gemelle rese dall'Adunanza Plenaria hanno già alimentato un ricco e vivace dibattito dottrinale^[1]. Con esse il Consiglio di Stato ha affermato l'incompatibilità delle attuali previsioni nazionali con l'articolo 49 del Trattato FUE e con l'articolo 12 della direttiva 2006/123 c.d. Bolkestein, precisando che *“tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione”*. Al contempo, per *“evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere”*, la stessa Plenaria ha, però, rinviato al 31 dicembre 2023 gli effetti delle proprie decisioni, sicché, anziché cessare immediatamente, *“le concessioni demaniali per finalità turistico-ricettive già in essere continueranno a essere efficaci sino al 31 dicembre 2023”*, in attesa del riordino del settore e dell'espletamento delle necessarie gare pubbliche.

2. La specifica vicenda contenziosa adesso definita origina dal ricorso proposto da un concessionario per l'annullamento del diniego di proroga della concessione demaniale marittima adottato dalla competente Autorità portuale, nonché per l'accertamento del diritto al *“riconoscimento dell'estensione della durata”* della medesima concessione, ai sensi della citata legge n. 145/2018.

L'Autorità portuale aveva negato la proroga assumendo l'inapplicabilità dell'attuale normativa nazionale per contrasto con il diritto europeo, e in particolare con l'articolo 12 della Direttiva Bolkestein, sulla scia di quanto già rilevato nel 2016 dalla Corte di giustizia con la sentenza *Promoimpresa* e da una parte della giurisprudenza interna^[2].

Con la sentenza 15 febbraio 2021 n. 504, la Sezione III del TAR Sicilia, Catania aveva confermato la legittimità del provvedimento di diniego, rimarcando il contrasto tra la normativa nazionale e le norme e i principi del diritto europeo e la decisione era stata così appellata dal concessionario innanzi al CGARS. Tra i vari motivi di appello, veniva in particolare denunciata l'erronea applicazione delle regole in tema di prevalenza del diritto UE, sul rilievo che nel caso di specie l'amministrazione non avrebbe dovuto disapplicare, ma applicare, la normativa interna, anche in ragione del ritenuto carattere non *self executing* della direttiva Bolkestein. Essendo nelle more sopravvenuti i principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria, che riconoscono l'efficacia delle concessioni in essere sino al 31 dicembre 2023, l'appellante, in sede di discussione orale della causa, chiedeva in subordine *“un accoglimento parziale della domanda, con proroga della concessione fino al 31 dicembre 2023”* (così, testualmente, la sentenza).

Nel decidere l'appello, il CGARS ha affermato che *“in applicazione delle norme multilivello l'eventuale proroga, senza pubblica gara, delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative deve considerarsi illegittima, trattandosi di un provvedimento amministrativo adottato in conformità alla legge nazionale ma in violazione di direttiva autoesecutiva o di regolamento U.E.”* e che *“legittimo è, pertanto, il provvedimento adottato dall'Autorità di sistema portuale oggi impugnato e prive di fondamento le deduzioni che avverso lo stesso sono state formulate con il ricorso di primo grado e ribadite con l'atto di gravame”*.

Tuttavia, in ragione della precisazione della Plenaria per cui “*le concessioni demaniali per finalità turistico- ricettive già in essere continueranno a essere efficaci sino al 31 dicembre 2023*”, la sentenza ha accolto “*parzialmente la domanda di accertamento del diritto formulata con il ricorso introduttivo*” e, come richiesto in subordine da parte appellante, ha accertato “*l’efficacia della concessione demaniale marittima (...) sino al 31 dicembre 2023*”, evidenziando che “*l’accoglimento parziale è dovuto al decusum dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e non intacca, sotto alcun profilo, la legittimità del provvedimento impugnato, con conseguente esclusione di ogni profilo di colpa dell’Amministrazione*”.

[1] Si veda il recente numero speciale della *Rivista Diritto e Società* n. 3/2021 dedicato a *La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*, con contributi di M.A. Sandulli, F. Ferraro, G. Morbidelli, M. Gola, R. Dipace, M. Calabrò, E. Lamarque, R. Rolli - D. Sammarro, E. Zampetti, G. Iacovone, M. Ragusa, P. Otranto, B. Caravita di toritto - G. Carlomagno. Per gli ulteriori contributi sul tema pubblicati su questa *Rivista*, si veda F. P. Bello, *Prmissime considerazioni sulla “nuova” disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in questa *Rivista*, 24 novembre 2021; E. Cannizzaro, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell’Ad. Plen.*, in questa *Rivista*, 30 dicembre 2021; R. Dipace, *All’Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in *Giustizia insieme*, 21 luglio 2021

[2] Si veda, in particolare, Cons. St., Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, in www.giustizia-amministrativa.it.

