

E-BOOK

Le note a sentenza

di

GIUSTIZIA INSIEME



Annuario

**della giurisprudenza amministrativa annotata
2023 (primo semestre)**

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

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

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

ISBN 979-12-5976-599-4



INDICE

Sez. II – Appendice 1° semestre 2023

M. BALDARI, <i>Sufficienza della prova indiziaria per le intese anticoncorrenziali e proporzionalità delle sanzioni AGCM</i> (Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2023, n. 690)	1
D. BOTTEGA, <i>Sull'accesso agli atti delle procedure a evidenza pubblica</i> (nota a Cons. Stato, Sez. V, ord. 6 febbraio 2023, n. 1231, e a T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 6 dicembre 2022, n. 977)	13
M. CALABRÒ, <i>L'acquisizione gratuita al demanio statale delle opere realizzate dai concessionari uscenti-un nuovo rinvio alla Corte di Giustizia per le concessioni "balneari"</i> (nota a Cons. Stato, Sez. VII, 15 settembre 2022, n. 8010)	30
S. CAGGEGI, <i>Funzione del parere di compatibilità paesaggistica e sindacabilità degli atti finalizzati alla tutela ambientale</i> (nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 21 marzo 2023, n. 2836)	43
V. CARACCIOLO LA GROTTIERA, <i>Verificazione e consulenza tecnica nel processo amministrativo</i> (nota a Cons. Stato 24 marzo 2023 n. 3025)	50
S. CASILLI, <i>La tutela esecutiva per la decisione resa in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: gli ultimi sviluppi, tra evoluzione e arresti giurisprudenziali</i> (nota a Consiglio di Stato, Sezione Prima, 28 febbraio 2022 n. 475)	57
A. CIOFFI, <i>Il problema dei LEP nell'autonomia differenziata. Una spiegazione della differenza</i> ⁶⁹	
G. P. CIRILLO, <i>Il diritto al borgo come una delle declinazioni del diritto alla bellezza e come luogo "dell'altrove"</i>	76
M. G. DELLA SCALA, <i>Abusi edilizi e criterio della vicinitas. L'interesse al ricorso del terzo avverso provvedimenti edilizi tra prerogative proprietarie e tutela dell'interesse legittimo</i> (Cons. St., Sez. II, 17 ottobre 2022 n. 8841)	86
G. DELLE CAVE, <i>«In interpretatione non fit claritas» sulla duplice (anzi triplice) esegesi pretoria in materia di silenzio assenso ex art. 17 bis l. n. 241/1990 e parere paesaggistico soprintendentizio</i>	101
C. FILICETTI, <i>Sulla definizione di algoritmo</i>	121

F. FRANCIARIO, <i>Riflessioni a margine di un dibattito sul metodo giuridico</i>	129
I. GENUESSI, <i>Il risarcimento del danno da illegittima bocciatura e conseguente ritardato ingresso nel mondo del lavoro</i> (Nota a T.A.R. Liguria, sez. I, 5 ottobre 2022, n. 834)	135
R. LEONARDI, <i>A ciascuno il suo: le Sezioni Unite della Corte di Cassazione intervengono sulla portata del principio del “chi inquina paga” e sul sistema distributivo delle responsabilità ambientali</i> (nota a Cass., S.U., 1 febbraio 2023, n. 3077)	149
T. LINARDI, <i>Il soccorso istruttorio e l'omologazione del concordato in continuità nelle procedure ad evidenza pubblica</i> (nota a Cons. St., Sez. III, n. 9147/2022)	178
F. MANGANARO, <i>Regionalismo differenziato e divari di cittadinanza nelle più recenti proposte di riforma</i>	192
G. MARI, <i>Demo-ricostruzione e ripristino di edifici crollati: le declinazioni della continuità ai fini dell'inquadramento nella ristrutturazione edilizia</i> (Cons. St., Sez. VI, 18 gennaio 2023 n. 616 e Cass. pen., Sez. III, 18 gennaio 2023 n. 1669)	201
G. MONTEODORO, <i>Brevi divagazioni sul soggetto moderno fra diritto e letteratura</i>	221
G. MONTEODORO, <i>Intervento dello Stato e trasformazioni dell'amministrazione*</i>	227
S. MONZANI, <i>Il silenzio-assenso sulla domanda di permesso di costruire tra esigenze di certezza giuridica e tutela dell'interesse pubblico</i> (nota a Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2022, n. 7631)	238
C. NAPOLITANO, <i>Sull'appellabilità dell'ordinanza pronunciata sulla richiesta di accesso documentale ex art. 116, co. 2, c.p.a.</i> (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2023, n. 4)	245
R. PARISI, <i>Il difficile punto di equilibrio tra l'effettività della tutela giurisdizionale e l'inesauribilità del potere amministrativo</i> (nota a T.A.R. Abruzzo - Pescara, 1 marzo 2023 n. 107)	256
E. PELLEGRINO, <i>Vicinitas e dies a quo del termine di impugnazione- tra potenzialità e attualità della lesione</i> (nota a Tar Lecce, sez. I, n. 1665/2022)	273

P. L. PORTALURI, <i>Note sul procedimento di localizzazione e approvazione delle opere pubbliche nello schema di codice dei contratti dopo il parere della Conferenza unificata</i>	283
M. RAGUSA, <i>La pre-definizione dei criteri della decisione- un succedaneo della motivazione? Appunti su punteggio numerico e motivazione dei provvedimenti tecnico-discrezionali</i> (nota a Consiglio di Stato, sez. VII, 29 dicembre 2022, n. 11693)	293
M. RICCIARDO CALDERARO, <i>Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia</i> (Nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)	309
M. A. SANDULLI, <i>Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia di Maria Alessandra Sandulli</i> 325	
M. SFORNA, <i>Le garanzie di conoscibilità degli algoritmi e l'esigenza di assicurare un controllo umano del procedimento amministrativo (c.d. human in the loop)</i> . (Nota a Tar Campania, Sez. III, 14 novembre 2022, n. 7003)	339
M. C. SPENA, <i>La repressione degli abusi edilizi: il proteiforme sistema sanzionatorio come paradigma dell'operazione di bilanciamento di interessi confliggenti</i>	347
A. SQUAZZONI, <i>La translatio iudicii conquista anche l'appello erroneamente intestato alla ... sezione romana del Consiglio di Stato</i> (nota a Cons. Stato, Adunanza plenaria 14 marzo 2023, n. 10)	381
F. TIGANO, <i>Regionalismo differenziato e permanenza della specialità</i>	390
G. TORTA, <i>Il risarcimento del danno provocato dall'amministrazione nazionale per violazione della disciplina sulla qualità dell'aria: una questione ancora aperta</i>	405
G. TROPEA, <i>Ruolo di anzianità e teorica dei rapporti esauriti- un cortocircuito?</i> (nota a Tar Sicilia, sez. III, 2 febbraio 2023, n. 294)	419
S. VACCARI, <i>Presunzione d'innocenza e sanzioni amministrative 'punitive'- lo standard probatorio dell' 'oltre ogni ragionevole dubbio'</i> (nota a Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570)	426

E. ZAMPETTI, F. SAITTA, *“Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo”*. E. Zampetti intervista F. Saitta 438

E. ZAMPETTI, *Introduzione a un dibattito sul tema dell'autonomia differenziata* 449

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2740 – 5 aprile 2023

Sufficienza della prova indiziaria per le intese anticoncorrenziali e proporzionalità delle sanzioni AGCM (Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2023, n. 690)

di Maria Baldari

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il procedimento dinnanzi all’AGCM e la successiva vicenda giudiziaria. – 3. La decisione del Consiglio di Stato: la prova delle intese restrittive. – 3.1. La decisione del Consiglio di Stato: la quantificazione della sanzione. - 4. Sul regime probatorio degli illeciti anticoncorrenziali. – 5. Il necessario rispetto del principio di proporzionalità per le sanzioni Antitrust.

1. Premessa

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato, ritenendo infondate le censure avanzate dagli appellanti, compie un’interessante ricognizione di principi già espressi in materia di regime probatorio delle intese anticoncorrenziali.

Al contempo, il giudice amministrativo svolge talune precisazioni circa le modalità di quantificazione delle sanzioni Antitrust, prendendo le mosse dalla loro qualificazione in termini di sanzioni sostanzialmente penali.

2. Il procedimento dinnanzi all’AGCM e la successiva vicenda giudiziaria

La vicenda giudiziaria ha origine dal ricorso presentato al Tar Lazio con cui la ricorrente ha chiesto l’annullamento del provvedimento dell’AGCM che, avendo rilevato un’intesa

restrittiva della concorrenza nell'ambito del mercato della produzione e commercializzazione di fogli in cartone ondulato, ha comminato alla ricorrente la sanzione pecuniaria pari ad € 3.658.077,00^[i].

Più specificatamente, nell'ambito di quel procedimento l'AGCM ha intrapreso un'istruttoria volta ad accertare la partecipazione, da parte di una serie di società, a due distinte intese anticoncorrenziali: da un lato, nel mercato della produzione e commercializzazione di cartone ondulato (cd. intesa-fogli); dall'altro, in quello della produzione e commercializzazione di imballaggi in cartone ondulato (intesa-imballaggi).

Con una serie di successive delibere, il procedimento è stato poi esteso tanto sotto il profilo soggettivo, mediante il coinvolgimento di altre società^[ii]; tanto sotto l'aspetto oggettivo delle condotte oggetto di accertamento, allargate alla limitazione o al controllo della produzione dei fogli in cartone ondulato nonché alla ripartizione di specifici clienti^[iii].

Nel corso dell'istruttoria particolarmente rilevanti sono state le dichiarazioni rese da diverse imprese partecipanti alle intese oggetto di accertamento, nell'ambito del programma di clemenza (c.d. *leniency*).

In ragione della ritenuta fondatezza della contestazione in merito alla realizzazione delle due intese, l'Autorità ha concluso l'iter con il provvedimento sanzionatorio oggetto di impugnazione.

Il T.a.r. Lazio ha rigettato il ricorso con sentenza n. 6040/2021; detta sentenza è stata impugnata dalla società appellante, la quale ha prospettato una serie di motivi, alcuni dei quali anche piuttosto articolati.

Innanzitutto, con il primo motivo l'appellante deduce il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e travisamento dei fatti, lamentando la mancata valutazione degli elementi istruttori che escludono la propria partecipazione da qualsiasi intesa, oltre che l'adesione acritica alla ricostruzione prospettata dall'AGCM.

In particolare, l'unico elemento utilizzato a sostegno della partecipazione dell'impresa appellante all'asserita intesa consisterebbe nella presunta partecipazione del responsabile commerciale della società alle riunioni intercorse in attuazione dell'intesa. Al riguardo, il T.a.r. Lazio si sarebbe limitato a ritenere che gli elementi riportati nel provvedimento fossero idonei a fornire un quadro univoco in ordine alla partecipazione anche dell'impresa appellante all'intesa-fogli.

Sul punto, l'appellante sostiene invece che il responsabile commerciale avrebbe partecipato alle riunioni in questione non come rappresentante della società ma "in proprio"^[iv]; tant'è che, a seguito del suo decesso, nessun altro rappresentante avrebbe preso parte ad altre riunioni. In altri termini, non sarebbe provata l'adesione dell'appellante all'intesa, basandosi questa solo sulle dichiarazioni di un *leniency applicant* da ritenersi prive di qualsiasi valenza istruttoria in quanto non corroborate da ulteriori elementi di prova.

Né, sempre secondo l'appellante, ci sarebbe stato alcuno scambio di informazioni commerciali con le altre imprese concorrenti. A riprova di ciò, allega la circostanza di aver mantenuto una politica di prezzo totalmente autonoma dal Listino 2004, con risultati

economici ben peggiori di quelli delle altre imprese di settore. Tali aspetti non sarebbero stati presi in considerazione dall'Autorità che, nell'esaminare la posizione di ciascuna impresa, si sarebbe limitata a prendere atto dei ricavi medi di settore, senza considerare le variazioni relevantissime tra i ricavi dei singoli concorrenti.

Ancora, lo schema delle riunioni incriminate di cui si fa menzione nella sentenza di primo grado sarebbe del tutto inattendibile, in quanto privo di chiarezza in ordine alla partecipazione e alle eventuali tempistiche con cui il responsabile commerciale dell'appellante avrebbe partecipato alla maggioranza delle riunioni attuative dell'asserita impresa; risultando invece evidente, dalla documentazione raccolta in sede istruttoria, l'assenza dalle predette riunioni oltre che l'estraneità allo scambio documentale.

Con il secondo motivo l'appellante deduce nuovamente l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e travisamento dei fatti sotto il diverso profilo della errata definizione da parte del T.a.r. del Lazio dei limiti temporali della partecipazione all'intesa. Anche ad ammettere un coinvolgimento d'appellante per il tramite del più volte menzionato responsabile commerciale, tale partecipazione, ad avviso dell'appellante, sarebbe limitata ad un arco temporale di gran lunga inferiore rispetto a quello contestato^[v].

Con il terzo motivo l'appellante fa valere l'eccesso di potere per travisamento dei fatti, lamentando l'erronea valutazione da parte del T.a.r. in ordine alla impossibilità di procedere alla riqualificazione dell'asserita intesa in abuso di posizione dominante. Invero, secondo la prospettazione dell'appellante, i contenuti dell'intesa in questione sarebbero stati definiti solo da una quota di larghissima maggioranza sul mercato che, congiuntamente, detiene una posizione dominante sul mercato della carta. Tali imprese dominanti avrebbero imposto agli operatori minori – tra cui l'appellante stessa - le condizioni alle quali operare sul mercato, cui si sarebbero aggiunti meccanismi di controllo e di verifica oltre che di ritorsione nei confronti di quanti non si fossero adeguati^[vi].

Con il quarto ed ultimo motivo l'appellante lamenta l'erronea determinazione della sanzione, sotto diversi profili.

Innanzitutto, per quanto attiene alla illegittima applicazione dell'aggravante della segretezza dell'intesa: il carattere segreto dell'intesa, infatti, non potrebbe mai dirsi insito nella violazione in sé o nella natura riservata con cui essa viene posta in essere^[vii], dovendo semmai l'AGCM fornire prova di circostanze idonee a far ritenere la precisa e determinata volontà delle parti di occultare ogni contatto avvenuto per dare luogo all'intesa sanzionata.

In secondo luogo, la determinazione della sanzione sarebbe erronea in relazione all'illegittima omissione da parte del T.a.r. della valutazione degli effetti dell'intesa, avendo registrato l'impresa appellante – diversamente dalle imprese dominanti - un quadro non di crescita, ma semmai di stabilità e a tratti di contrazione, sia in termini di ricavi che di margine operativo.

Sotto un terzo profilo, l'appellante lamenta l'illegittima mancata valutazione da parte del T.a.r. delle attenuanti, avendo essa dimostrato *«di aver svolto un ruolo marginale alla partecipazione dell'infrazione, provando altresì di non aver di fatto concretamente attuato la pratica illecita»*, in ossequio alla previsione contenuta nel § 23 delle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie.

Da ultimo, un ulteriore profilo attiene al ricalcolo della sanzione, avendo l'Autorità interpretato l'art. 15, co. 1, l. 287/1990, nella parte in cui stabilisce che l'AGCM può applicare una sanzione «*fino al 10% del fatturato*», come mera soglia di contenimento della sanzione. Tale interpretazione conduce alla conseguenza che l'importo calcolato secondo le Linee guida, nei passaggi sanzionatori intermedi, possa eccedere il massimo di legge, purché tale limite venga poi rispettato nel risultato finale.

Un simile approccio, ad avviso dell'appellante, solleverebbe forti perplessità nella misura in cui finisce per determinare un "appiattimento" di tutte le sanzioni irrogate verso il massimo, in violazione dei principi di legalità, proporzionalità, individualità e uguaglianza. Il superamento della soglia del 10% nei passaggi intermedi di calcolo comporta infatti un innalzamento artificioso ed indebito della sanzione sulla quale calcolare le eventuali attenuanti, che rischiano così di divenire, di fatto, irrilevanti ai fini sanzionatori^[viii].

3. La decisione del Consiglio di Stato: la prova delle intese restrittive

Il Consiglio di Stato reputa il primo motivo infondato. Per giungere a tale conclusione compie una preliminare ed efficace sintesi dei principi enunciati in materia di prova dell'esistenza e della partecipazione ad una intesa restrittiva della concorrenza, richiamando una serie di propri precedenti.

Innanzitutto, l'accertamento *de quo* non richiede che l'intesa risulti da documenti o da altri elementi probatori fondati su dati estrinseci e formali, essendo sufficienti anche indizi purché gravi, precisi e concordanti^[ix]; a tal fine, occorre procedere ad una valutazione globale delle prove acquisite, onde dare evidenza dell'intero assetto dei rapporti intercorrenti tra le imprese^[x], predisponendo un'analisi complessa ed articolata che tenga conto di tutti gli elementi di prova acquisiti nella loro interezza e nella correlazione reciproca^[xi].

In altri termini, la prova di accordi bilaterali assume valenza sufficiente a dimostrare l'esistenza dell'intesa, non essendo necessario accertare la partecipazione ad ogni singolo episodio contestato dall'Autorità^[xii]. Ne consegue allora che un elevato numero di indizi e riscontri, unitariamente considerati, possono costituire la prova di una violazione delle regole di concorrenza solo se manchi una spiegazione alternativa lecita della condotta delle imprese coinvolte^[xiii]; in tal caso, grava sulle imprese l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti^[xiv].

Ancora, la sola partecipazione di un'impresa alle riunioni nel corso delle quali sono stati definiti gli elementi dell'intesa vietata non consente all'impresa in questione di invocare la propria estraneità rispetto alla fattispecie oggetto di sanzione; a meno che essa non si sia manifestamente opposta alla pratica ovvero riesca a dimostrare che la sua partecipazione alle riunioni non si sia connotata di alcuno spirito anticoncorrenziale^[xv]. E ciò in quanto si deve presumere che le imprese partecipanti alla concertazione e che rimangono presenti sul mercato tengano conto degli scambi di informazioni con i loro concorrenti per decidere il proprio comportamento sul mercato stesso^[xvi], restando così superfluo, al fine dell'*an* della responsabilità, indagare se il singolo partecipante all'intesa vietata abbia avuto un ruolo maggiore o minore, attivo o meramente passivo^[xvii].

Nel caso di specie, l'accertamento in ordine all'esistenza delle due intese emerge dalla circostanza che numerose imprese hanno confessato la propria partecipazione agli illeciti, rendendo all'Autorità dettagliate dichiarazioni, il cui contenuto è confluito nel provvedimento.

Inoltre, tramite l'istruttoria svolta dall'AGCM è stato documentalmente accertata la partecipazione dell'appellante ad un numero significativo di riunioni, specie nel periodo intercorrente dal 1998 al 2013. Nel corso del procedimento l'appellante non ha fornito neppure un principio di prova riguardo alla sua eventuale opposizione alla pratica che si andava in modo evidente delineando. Né può assumere valore il tentativo di creare un *discrimen* tra i ruoli ricoperti dal responsabile commerciale, per un verso, dipendente dell'impresa appellante e, per altro verso, esponente di spicco del GIFCO, non essendo emerso nessun elemento a supporto di tale ricostruzione.

Neppure il secondo motivo di appello, concernente l'arco temporale della contestata partecipazione dell'appellante all'asserita intesa, può essere accolto. Posto che l'azione di contrasto ai cartelli deve essere effettiva, per il carattere segreto o riservato degli accordi di cartello la prova della c.d. "pistola fumante" è evenienza rarissima. In questo caso, evidenze individualizzanti relative alla partecipazione a determinati segmenti temporali del cartello unitario protrattosi per lungo tempo, in presenza di una mancata dissociazione significativa o della prova positiva di una spiegazione alternativa, sono sufficienti a ritenere concretizzata la prova della partecipazione all'intesa per tutto il periodo individuato dall'Autorità.

Ancora, infondato è il terzo motivo di appello concernente la riqualificazione dell'asserita intesa in termini di abuso di posizione dominante. Al riguardo, la VI Sez. richiama un proprio precedente in cui ha dettagliatamente chiarito come i singoli comportamenti delle imprese devono essere considerati quali «*tasselli di un mosaico*» e dunque come elementi di una fattispecie complessa, «*significativi non di per sé ma come parte di un disegno unitario*»^[xviii] qualificabile come intesa restrittiva della libertà di concorrenza o abuso di posizione dominante.

Rispetto ad esso, è sufficiente che l'AGCM tracci - come avvenuto nel caso di specie - un quadro indiziario coerente ed univoco, oltre che privo di salti logici. Viceversa, spetta ai soggetti interessati fornire spiegazioni alternative alle conclusioni tratte nel provvedimento accertativo della violazione concorrenziale; in questo caso, tuttavia, l'ipotesi prospettata dall'appellante appare meramente ipotetica e non suffragata da alcun supporto probatorio.

3.1. La decisione del Consiglio di Stato: la quantificazione della sanzione

Con riferimento al quarto motivo, il Consiglio di Stato giunge ad esiti differenziati in relazione ai singoli profili evidenziati dall'appellante. Anche in questo caso, al fine di meglio inquadrare le questioni sottese, il giudice si preoccupa preliminarmente di riassumere i principi già sanciti dalla Sezione in materia di quantificazione delle sanzioni.

Innanzitutto, nell'esercizio del proprio potere sanzionatorio l'Autorità persegue un duplice obiettivo: da un lato, un effetto dissuasivo specifico nei confronti delle imprese che si sono rese responsabili di una violazione delle norme in materia di intese; dall'altro, un effetto dissuasivo generale nei confronti degli altri operatori economici dall'assumere o continuare condotte contrarie alle norme di concorrenza^[xix]. L'elevato grado di severità che caratterizza

le sanzioni Antitrust ne determina la natura sostanzialmente penale delle stesse^[xx], sebbene questo non determini un'automatica applicazione di tutti i principi garantistici previsti dal processo penale^[xxi]. Per quanto qui d'interesse, la Corte costituzionale ha esteso il principio di proporzionalità nell'applicazione delle sanzioni penali anche alle sanzioni amministrative punitive^[xxii].

L'art. 15, l. n. 287/90^[xxiii], ferma la qualificazione dell'illecito come grave ai fini della punibilità con sanzione pecuniaria, consente inoltre al giudice un apprezzamento di gravità in ordine alla graduazione della pena^[xxiv]. A tal fine, i provvedimenti dell'Autorità devono recare l'indicazione di una serie di dati come: qualificazione dell'infrazione come grave o molto grave; durata dell'illecito; importo della sanzione per ciascuna impresa; eventuali circostanze attenuanti o aggravanti applicate; rapporto percentuale tra importo della sanzione e fatturato complessivo dell'impresa; eventuali altri criteri di quantificazione utilizzati^[xxv].

All'esito di siffatta qualificazione, la determinazione dell'importo della sanzione costituisce espressione di un potere discrezionale dell'Autorità, e ciò in quanto il valore finale della sanzione va determinato assumendo quale principale parametro di riferimento l'effettiva idoneità del *quantum* della sanzione a tenere conto nel modo più adeguato possibile della specifica gravità della condotta contestata all'impresa^[xxvi].

Tanto chiarito, la VI Sez. reputa infondata la doglianza relativa all'illegittima applicazione dell'aggravante della segretezza. Le intese in questione sono state correttamente considerate segrete, sia perché esse non erano palesate al pubblico sia perché ai fini della prova si è dovuto ricorrere a plurime dichiarazioni dei *leniency applicants*, oltre che all'acquisizione di documenti come la corrispondenza delle imprese coinvolte, normalmente coperta dal segreto epistolare.

Neppure può essere accolta la tesi secondo cui il provvedimento non avrebbe accertato gli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato, e ciò in quanto le intese hanno un oggetto di per sé vietato e, quindi, sono per loro stessa natura dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, senza che occorra dimostrare in concreto la sussistenza di effetti dannosi sul mercato.

Al contrario, la VI Sez. reputa fondate le censure con cui si lamentano per un verso, la mancata valutazione da parte del T.a.r. delle attenuanti e, per altro verso, i criteri di calcolo della sanzione che si risolvono in una violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e individualità della pena.

Per giungere a tali conclusioni, ricostruisce il quadro normativo vigente in materia, prendendo le mosse dall'art. 11 della l. 689/1981^[xxvii] che, al fine di modulare la sanzione in ragione delle specificità del caso concreto, individua come parametri di riferimento «*la gravità della violazione, l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché la personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche*».

Inoltre, le Linee Guida ai punti 7 e ss. dispongono che la sanzione venga calcolata moltiplicando una percentuale del valore delle vendite determinata in funzione della gravità dell'infrazione, per la durata dell'intesa contestata (espressa in anni, mesi e giorni); l'importo assunto quale base di calcolo è quindi ancorato ad un dato oggettivo. Quest'ultimo importo viene considerato solo per una quota percentuale, fissata in funzione della gravità dell'infrazione e fino alla misura massima del 30% del valore delle vendite; con l'ulteriore

precisazione che in presenza di violazioni particolarmente rare tale percentuale non possa essere inferiore al 15%.

In ogni caso, l'importo risultante all'esito del descritto procedimento di calcolo, secondo quanto previsto dal menzionato art. 15 della l. n. 287/1990, non deve eccedere il tetto del 10% del fatturato. Ancora, ulteriori riduzioni sono riconoscibili in applicazione di un programma di clemenza^[xxviii] o delle circostanze concrete^[xxix].

Nel caso di specie, l'Autorità, sul rilievo dell'indisponibilità di elementi certi circa l'effettivo impatto dell'intesa sul mercato, ha applicato a tutte le partecipanti il predetto valore percentuale minimo del 15%; il *quantum* così parametrato viene rimodulato (in aumento) in relazione alle responsabilità del singolo operatore, tenuto conto di eventuali circostanze aggravanti/attenuanti rinvenibili nella fattispecie^[xxx].

Tuttavia, lo scarto esistente fra il minimo valore percentuale (vale a dire il 15% del coefficiente di calcolo) e il massimo valore percentuale (rappresentato dal 10% del fatturato), determina in concreto un appiattimento della sanzione su quest'ultimo valore, frustrando la *ratio* della disciplina di settore, astrattamente improntata ad una differenziazione della sanzione in funzione delle specificità delle condotte e dei ruoli imputabili a ciascun singolo operatore^[xxxi].

Ne consegue che la *ratio* sottesa all'art. 15, individuabile nella necessità di contenere l'entità della sanzione entro limiti di sostenibilità finanziaria, se così interpretata limita - quando non esclude - la possibilità di graduare la stessa adeguandola alle effettive responsabilità degli autori delle condotte illegittime. Pertanto, secondo il Consiglio di Stato, una simile discrasia deve essere eliminata, dovendosene fare l'Autorità in sede di ridefinizione degli importi delle sanzioni.

4. Sul regime probatorio degli illeciti anticoncorrenziali

Le considerazioni svolte dal Consiglio di Stato con riferimento alla sufficienza di elementi indiziari ai fini dell'accertamento delle intese restrittive della concorrenza non lasciano di certo sorpresi.

Si tratta infatti di un orientamento piuttosto consolidato che, in ragione dei caratteri peculiari degli illeciti anticoncorrenziali^[xxxii] – quali lo svolgimento in modo segreto e clandestino, talvolta in territorio estero e con una documentazione in genere piuttosto minimale –, si è interrogato sulle regole probatorie da seguire in ambito procedimentale e in sede di successivo controllo giurisdizionale.

Le principali tematiche affrontate (e risolte) sono state essenzialmente due: la prima, concernente gli elementi necessari per fornire la prova della partecipazione all'intesa anticoncorrenziale; la seconda, relativa agli elementi probatori invocabili dalle imprese a testimonianza della loro dissociazione dalle intese in questione.

Con riferimento al primo aspetto, l'approccio seguito è stato quello di dedurre l'asserita condotta illecita della singola impresa da una valutazione unitaria e complessiva di un

significativo numero di indizi e riscontri. Tanto si giustifica proprio in ragione del fatto che gli elementi probatori attestanti in modo esplicito una condotta illegittima sono normalmente frammentari, sporadici, sforniti di taluni dettagli ricostruibili solo in via deduttiva^[xxxiii]. Così, sono reputati elementi indiziari, la cui rilevanza deve essere valutata globalmente: l'elevato numero di riunioni e contatti tra le imprese coinvolte, la sostanziale stabilità delle quote di mercato, l'elevato grado di fidelizzazione della clientela, oltre che la confessione proveniente dagli altri soggetti partecipanti all'intesa vietata, riscontrata nel caso di specie.

Per quanto attiene poi al secondo profilo, laddove l'Autorità abbia provato - con le modalità appena indicate - la partecipazione ad una intesa anticoncorrenziale, l'impresa può fornire ulteriori elementi probatori a supporto della propria estraneità all'illecito. In dettaglio, tali elementi si identificano nella dimostrazione di una dissociazione significativa, tale da rivestire i caratteri di una opposizione alla pratica, o nella prova positiva di una spiegazione alternativa.

Su questo fronte, forte è stata l'influenza di quella giurisprudenza sovranazionale che ha elaborato una vera e propria "dottrina della dissociazione pubblica". In base ad essa, l'accertamento non può dirsi avvenuto laddove l'impresa, rispetto alla quale la Commissione abbia provato la condotta illecita, abbia manifestato in maniera inequivocabile la volontà di dissociarsi, portando tale volontà a conoscenza degli altri partecipanti all'accordo^[xxxiv].

Un simile rigore si giustifica in ragione del fatto che la sola partecipazione di un'impresa a riunioni aventi un oggetto anticoncorrenziale ha obiettivamente l'effetto di creare o rafforzare l'intesa stessa, nella misura in cui fornisce l'impressione di volersi conformare ad essa. Pertanto, la mera circostanza che l'impresa non abbia dato seguito alle riunioni, né - come nel caso di specie - abbia tratto specifici vantaggi da esse, non è sufficiente ad ad escludere la sua responsabilità, essendo necessario che questa prenda pubblicamente le distanze dal contenuto delle riunioni.

Lungi dal rappresentare un'inversione dell'onere della prova, un approccio del genere si pone nel solco del dettato normativo: la dissociazione può essere dimostrata dall'impresa solo dopo che l'Autorità, assolvendo correttamente al proprio onere probatorio, abbia dimostrato la partecipazione della singola impresa all'intesa vietata; in mancanza, la prova non può dirsi raggiunta.

Si tratterebbe, in altri termini, di configurare un mero alleggerimento dell'onere probatorio posto in capo all'AGCM - anche in ragione della complessità dell'indagine investigativa cui la stessa è tenuta - che, almeno in astratto, appare rispettoso del principio di presunzione di innocenza.

Tuttavia, non è peregrino evidenziare come un siffatto *modus agendi*, a seconda di come declinato nella prassi, rischi di disattendere il predetto principio proprio in una materia in cui questo assume una particolare rilevanza, non solo per la natura "paragiurisdizionale" delle attività poste in essere delle *Authorities*, ma anche in ragione del carattere sostanzialmente penale delle sanzioni *de quibus*.

5. Il necessario rispetto del principio di proporzionalità per le sanzioni Antitrust

In tema di quantificazione della sanzione, al di là del tecnicismo delle norme di settore, il presupposto del ragionamento seguito dal Consiglio di Stato è rappresentato dal riconoscimento della natura punitiva delle sanzioni irrogate dall'AGCM, cui consegue l'estensione di taluni principi propri delle pene in senso stretto.

Più in dettaglio, si tratta dell'adesione alla tesi sostanzialista, elaborata dalla giurisprudenza sovranazionale e ormai ampiamente sdoganata anche in ambito interno, in base alla quale ai fini della individuazione delle "pene" cui applicare le garanzie riconosciute a livello costituzionale e convenzionale, non occorre fermarsi al dato formale ma è necessario esaminare la sostanza delle singole sanzioni. In quest'ottica, il *nomen iuris* rappresenta solo il primo dei criteri da seguire ai fini del riconoscimento della natura sostanzialmente penale della sanzione, collocandosi accanto a questo, in un rapporto di alternatività, anche quelli della natura della disposizione punitiva e del grado di severità della sanzione stessa[xxxv].

Nel caso di specie, è stato proprio quest'ultimo il criterio dirimente che in passato aveva portato il Consiglio di Stato a riconoscere la natura punitiva delle sanzioni pecuniarie *de quibus*[xxxvi], con conseguente applicazione delle garanzie proprie del settore penale.

Ed in particolare, il profilo qui attenzionato dal Consiglio di Stato è quello della proporzionalità della sanzione amministrativa, già oggetto di riconoscimento da parte del giudice amministrativo[xxxvii], in aderenza alla linea interpretativa seguita dalla Consulta.

Al riguardo, ebbene precisare che il principio in esame è da tempo applicato nel diritto amministrativo, anche grazie al contributo interpretativo della Corte di Giustizia che lo ha elevato al rango di principio generale del diritto comunitario[xxxviii].

Nel diritto nazionale, tale principio ha assunto una particolare valenza all'indomani della l. 15/2005 che, incidendo sul testo dell'art. 1 della l. 241/1990, ha assoggettato l'attività amministrativa al rispetto di tutti i principi procedurali di diritto comunitario[xxxix]. In conseguenza della novella, il rispetto del principio di proporzionalità è stato evocato dalla giurisprudenza italiana in maniera costante in diversi settori, dalla materia ambientale, alla concorrenza, al commercio, agli appalti pubblici e alle sanzioni[xl].

Purtuttavia, allorquando vengano in considerazione sanzioni sostanzialmente penali, il medesimo principio si declina in termini diversi e più pregnanti, non dissimili da quelli che lo connotano nel diritto penale.

È questa la conclusione cui è giunta qualche anno fa la Consulta che ha esteso il principio di proporzionalità – inteso in senso forte – alle sanzioni sostanzialmente penali, ammettendo così un sindacato condotto secondo uno schema autonomo, vale a dire sganciato dal raffronto con un *tertium comparationis* e reso possibile in virtù dell'applicazione dell'art. 49, par. 3 Carta di Nizza[xli].

Tali approdi sono fatti propri dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento che, in sede di ricognizione dei principi enunciati dalla Sezione in materia di quantificazione delle sanzioni, richiama un proprio precedente il quale, a sua volta, fa rinvio alla sentenza della Corte Costituzionale[xlii].

L'interesse per la sentenza, pertanto, deriva anche dalla circostanza che la stessa conferma il ruolo attivo svolto dal giudice amministrativo nel processo di assimilazione tra la figura delle sanzioni amministrative e quella delle sanzioni penali, in adesione al filone sostanzialista inaugurato da Strasburgo e in linea di continuità con l'orientamento patrocinato dalla Corte Costituzionale.

[i] In dettaglio, si allude al provvedimento n. 2784 adottato nell'adunanza del 17 luglio 2019.

[ii] Cfr. delibere AGCM del 5 luglio 2017, del 5 dicembre 2017 e del 9 maggio 2018.

[iii] Cfr. delibera AGCM del 31 ottobre 2018.

[iv] Nello specifico, costui avrebbe agito al fine di incentivare il proprio prestigio all'interno del Gruppo Italiano Fabbricanti Cartone Ondulato – GIFCO di cui era stato membro del Consiglio Direttivo per più di un decennio.

[v] In particolare, tale partecipazione non si estenderebbe a tutto il periodo compreso dal 5.11.2009 al 30.3.2017 come asserito nella sentenza impugnata, ma al più dal 2011 (data a partire dalla quale nei file ci sarebbe prova della partecipazione alle riunioni dell'impresa appellante) al 20.10.2015 (data di morte del responsabile commerciale per il cui tramite si ritiene che l'appellante abbia preso parte alle intese).

[vi] A sostegno di questa ricostruzione, vengono allegare una serie di circostanze, quali: vantaggio economico concentrato nelle sole imprese in posizione dominante; convenienza dell'intesa immaginata dall'AGCM unicamente per le grandi imprese titolari di più stabilimenti e non anche per quelle dotate di un unico stabilimento come l'appellante; mantenimento di una politica autonoma da parte dell'appellante.

[vii] Nella specie, documenti ad uso interno o scambi di mail intercorsi tra le parti e non conoscibili all'esterno.

[viii] Per superare questa aporia, l'appellante ha proposto una interpretazione alternativa della norma, in base alla quale il limite di cui all'art. 15 della l. n. 287/1990 deve essere inteso come massimo edittale in senso proprio, tale da imporre all'AGCM di determinare l'importo della sanzione entro il massimo di legge anche nei passaggi di calcolo intermedi.

[ix] Cons. Stato, Sez. VI, 10/01/2020, n. 236.

[x] Cons. Stato, Sez. VI, 10/01/2020, n. 236.

[xi] Cons. Stato, Sez. VI, 03/01/2020, n. 52.

[xii] Cons. Stato, Sez. VI, 02/09/2019, n. 6022.

[xiii] Cons. Stato, Sez. VI, 14/01/2019, n. 321.

[xiv] Cons. Stato, Sez. VI, 04/09/2015, n. 4123.

[xv] Cons. Stato Sez. VI, 02/07/2015, n. 3291.

[xvi] Cons. Stato, Sez. VI, 24/10/2014, n. 5274.

[xvii] Cons. Stato, Sez. VI, 04/09/2014, n. 4506.

[xviii] Cons. Stato, Sez. VI, 01/06/2016, n. 2328.

[[xix](#)] Cons. Stato, Sez. VI, 15/07/2019, n. 4990.

[[xx](#)] Cons. Stato, Sez. VI, 22/03/2016, n.1164, Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza Menarini, 27 settembre 2011, n. 43509/08.

[[xxi](#)] Cons. Stato, Sez. VI, 10/07/2018, n.4211.

[[xxii](#)] Cons. Stato sez. VI, 09/06/2022, n. 4696.

[[xxiii](#)] Art. 15, comma 1-bis: «Tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o associazione di imprese nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione. Se l'infrazione commessa da un'associazione di imprese riguarda le attività dei suoi membri, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento della somma dei fatturati totali a livello mondiale realizzati nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida di ciascun membro operante sul mercato interessato dall'infrazione commessa dall'associazione. Tuttavia, la responsabilità finanziaria di ciascuna impresa riguardo al pagamento della sanzione non può superare il 10 per cento del fatturato da essa realizzato nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida».

[[xxiv](#)] Cons. Stato, Sez. VI, 24/06/2010, n. 4013.

[[xxv](#)] Cons. Stato, Sez. VI, 20/05/2011, n. 3013.

[[xxvi](#)] Cons. Stato, Sez. VI, 26/03/2020, n.2111.

[[xxvii](#)] Applicabile in virtù del rinvio che l'art. 31 della l. n. 287/1990 compie alle disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II della legge 24 novembre 1981, n. 689.

[[xxviii](#)] V. art. 30 Linee Guida.

[[xxix](#)] V. art. 34 Linee Guida.

[[xxx](#)] Sulla scorta di quanto previsto dall'art. 25 delle Linee Guida.

[[xxxi](#)] Circostanza del resto confermata anche dal provvedimento impugnato, nella parte in cui la stessa AGCM precisa che le sanzioni applicate alle imprese partecipanti *«eccedono per la maggior parte delle aziende coinvolte, il limite massimo previsto dall'art. 15, comma 1, della legge n. 287/1990»*. In altri termini, il beneficio del tetto massimo riconosciuto ad ogni azienda si determina in funzione dell'entità dello scostamento della sanzione (calcolata come sopra descritto) dal tetto legale, determinando il paradossale risultato che maggiore è la gravità della condotta, maggiore può rivelarsi il vantaggio che il trasgressore ricava.

[[xxxii](#)] Per un'analisi più approfondita della materia, si rinvia a A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza - Profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007.

[[xxxiii](#)] In tal senso, oltre ai precedenti più recenti citati nella parte motiva della sentenza in commento, v. anche Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424 in cui, per la prima volta, vengono chiariti i criteri di valutazione del giudice amministrativo in ordine all'assolvimento da parte dell'AGCM dell'onere probatorio circa l'esistenza di un'intesa.

[[xxxiv](#)] Sul punto, v. in Corte di Giustizia, sentt. 8 luglio 1999, causa C-199/92, *Huls/Commissione*, pt. 155 e causa C-49/92 *Commissione/Anic Partecipazioni*, pt. 96.

[[xxxv](#)] In argomento si rinvia, *ex multis*, a F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2015, 4; V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, *Rivista Italiana Di Diritto E Procedura Penale*, 2017, p. 988.

[[xxxvi](#)] V. Cons. Stato, Sez. VI, 22/03/2016, n.1164 secondo cui *«Questa disposizione [art. 6 CEDU] si applica anche in presenza di sanzioni amministrative di natura afflittiva, alle quali deve essere riconosciuta natura sostanzialmente penale. La Corte di Strasburgo ha elaborato propri e autonomi criteri al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione. [...] Nella fattispecie in esame, la sanzione dell'AGCM, avuto riguardo ai criteri di identificazione sopra esposti e, in particolare al grado di severità della stessa ha natura afflittiva e "sostanzialmente" penale»*.

[xxxvii] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 09/06/2022, n. 4696, ove si legge che «Tale conclusione, oltre che più aderente alla lettera della legge, appare anche in maggior sintonia con i recenti approdi della giurisprudenza volti a salvaguardare i principi di adeguatezza e proporzionalità della sanzione, i quali implicano necessariamente che la situazione economica della società, di cui l'Autorità deve tenere conto, e i dati utilizzati per il calcolo della sanzione siano, se non concomitanti, quanto meno temporalmente prossimi alla data di irrogazione della stessa».

[xxxviii] Cfr., *ex multis*, C.giust. 18 novembre 1987, causa C-137/85, *Maizena e a.*, Id., 16 ottobre 1991, causa C-24/90, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas c./Werner Faust offene Handelsgesellschaft Kg* secondo cui «per stabilire se una disposizione di diritto comunitario sia conforme al principio di proporzionalità è necessario controllare se i mezzi da essa contemplati siano idonei a realizzare lo scopo perseguito, senza andare oltre quanto è necessario per raggiungerlo [...] fermo restando che, qualora si presenti una scelta tra più misure appropriate, è necessario ricorrere alla meno restrittiva».

[xxxix] Per una disamina più approfondita del principio di proporzionalità nel diritto amministrativo si rinvia, fra gli altri, a A.M. SANDULLI, voce *Proporzionalità*, in S. CASSESSE (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 4643 e ss; ID., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 37 e ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; TRIMARCHI BANFI F., *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 2016, p. 361.

[xl] Esemplicativa è Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087 ove viene precisato che «il principio di proporzionalità [...] si risolve, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile» Nel medesimo senso, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 2670/01; Id., 5714/02; Id., Sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885.

[xli] Si allude a Corte Cost. sent. 10 maggio 2019, n. 112 che, riconoscendo la natura punitiva della misura prevista dall'art. 187-sexies t.u.f., ne ha dichiarato la incostituzionalità nella parte in cui prevede la confisca **dell'intero «prodotto» di operazioni finanziarie illecite e dei «beni utilizzati»** per commetterle, **anziché del solo «profitto»** ricavato da queste operazioni.

[xlii] Il riferimento è alla già menzionata Cons. Stato, Sez. VI, 09/06/2022, n. 4696 che chiarisce «Deve infatti ricordarsi che la Corte costituzionale ha esteso il principio di proporzionalità nell'applicazione delle sanzioni penali – che impone la necessaria personalizzazione della pena alla luce della oggettiva gravità, oggettiva e soggettiva, del singolo fatto di reato in attuazione del principio di personalità della responsabilità penale ai sensi dell'art. 27 Cost. – anche alle sanzioni amministrative punitive (sentenza n. 112 del 2019, cfr. anche Consiglio di Stato, 25 giugno 2019, n. 4335: «l'importo dell'ammenda deve rimanere comunque proporzionato, oltre che all'infrazione anche e in ogni caso alla situazione economico-finanziaria del soggetto che se ne ritenga responsabile»).

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, maggio – giugno 2023

Sull'accesso agli atti delle procedure a evidenza pubblica (nota a Cons. Stato, Sez. V, ord. 6 febbraio 2023, n. 1231, e a T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 6 dicembre 2022, n. 977)

di Domenico Bottega

Sommario: 1. La vicenda - 2. L'appello avverso le ordinanze rese a definizione di istanze *ex art.* 116, comma 2, c.p.a. - 3. La disciplina generale dell'accesso agli atti nelle procedure a evidenza pubblica: il “triplice livello di protezione” - 4. I segreti tecnici e commerciali sottratti all'accesso - 5. Il criterio della stretta indispensabilità - 6. Conclusioni.

1. La vicenda

Il Consiglio di Stato è tornato di recente a esprimersi sui casi in cui debba essere consentito l'accesso alla documentazione prodotta da un concorrente nell'ambito di una procedura a evidenza pubblica, quando il concorrente stesso dichiara che la propria offerta o le giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia contengono segreti tecnici o commerciali.

L'occasione ci è data da un ricorso avente ad oggetto la gara per l'affidamento di alcuni servizi educativi, assistenziali e di mediazione in favore di alcuni enti locali dell'imolese: la seconda classificata ha formulato istanza di accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicataria e la stazione appaltante ha parzialmente rigettato tale richiesta, oscurando quasi integralmente il progetto della prima graduata.

Tale rigetto è stato impugnato, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., dinanzi al T.A.R. Bologna, che – con specifica ordinanza a ciò dedicata – ha accolto l'istanza, non ritenendo

comprovata la presenza di segreti tecnici e commerciali ostativi all'esercizio del diritto di accesso.

Il provvedimento del giudice di primo grado è stato poi impugnato avanti il Consiglio di Stato, che ha integralmente confermato la pronuncia del Giudice di prime cure: entrambe le pronunce affermano alcuni importanti principi in tema di accesso agli atti nell'ambito di procedure a evidenza pubblica, su cui vale la pena indugiare.

2. L'appello avverso le ordinanze rese a definizione di istanze ex art. 116, comma 2, c.p.a.

Prima di entrare “nel vivo” della vicenda, è necessario spendere qualche parola su una questione in punto di rito: la possibilità di appellare quei provvedimenti che decidono, separatamente dal merito, le istanze proposte ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., esattamente come è avvenuto nel caso qui di interesse.

La questione è stata di recente risolta dall'Adunanza Plenaria in senso affermativo^[1].

Come noto, in base all'art. 116, comma 2, c.p.a., “in pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1” – ossia quello avanzato “[c]ontro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi” – “può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale ... L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio”.

Sul significato da attribuire a tale disposizione si sono formati tre orientamenti: in base al primo, l'ordinanza che conclude il sub-procedimento *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. avrebbe natura decisoria, dato che l'istanza che lo ha originato avrebbe “i tratti di una vera e propria domanda di accesso ai documenti amministrativi”; di conseguenza, tale ordinanza dovrebbe essere autonomamente impugnabile^[2]; un secondo orientamento ritiene che l'ordinanza avrebbe natura solamente istruttoria e quindi, come tutti i provvedimenti istruttori, non sarebbe appellabile^[3]; un terzo orientamento reputa che la natura dell'ordinanza varierebbe di volta in volta (sarebbe decisoria e appellabile, quando è adottata applicando la normativa in materia di accesso ai documenti “senza passare al vaglio della pertinenza dei documenti in relazione al giudizio in corso”; istruttoria e non impugnabile, quando è adottata avendo riguardo alla rilevanza della documentazione ai fini della decisione)^[4].

Sulla base dei criteri di interpretazione letterale, storica, sistematica e conforme a Costituzione l'Adunanza Plenaria ha concluso che l'istanza di accesso proposta nel corso di giudizio abbia sempre valenza decisoria, in quanto incide su situazioni giuridiche diverse rispetto a quelle oggetto del giudizio principale, così come avviene nel caso di ricorso proposto in via autonoma, e che pertanto debba essere appellabile dinnanzi al Giudice di secondo grado.

Senza dilungarsi troppo sulla questione, non può che condividersi l'opinione di chi, tra i primi a commentare questa pronuncia, ha affermato che la dicotomia tra natura istruttoria e decisoria, che costituisce il fondamento della pronuncia della Plenaria, altro non sia che un "espediente argomentativo" per estendere a questo genere di ordinanze la tutela del doppio grado di giudizio, benché il rimedio dell'impugnazione non sia previsto dal codice del processo^[5].

Espediente che si è reso necessario perché il dettato legislativo evidentemente ha inteso concepire l'istanza di cui all'art. 21 della legge T.A.R. e poi dell'art. 116, co. 2, c.p.a. come eminentemente istruttoria.

Andando con ordine, non può fare a meno di notarsi che né la pronuncia della Plenaria né l'ordinanza di rimessione indagano sulla *ratio* del rimedio in discorso e sulle differenze dello stesso rispetto al ricorso "ordinario" in materia di accesso.

Vale allora la pena fare un passo indietro. Originariamente, l'istituto era concepito in questi termini: in base all'art. 21 della legge T.A.R., se era stato proposto un ricorso, l'impugnativa per lamentare il diniego all'accesso connessa a quel ricorso poteva essere proposta "con istanza presentata al presidente e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso" e la stessa veniva "decisa con ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio".

Prima che di tale istanza si occupasse il codice del processo amministrativo, tra il 2005 e il 2010 la sua disciplina è stata trasfusa nel comma 5 dell'art. 25 della L. n. 241/1990, con un dettato sostanzialmente analogo a quello dell'art. 21 della legge T.A.R.; indi, è subentrato l'art. 116, co. 2, c.p.a., che tuttavia non ha innovato di molto la disciplina: ha meglio esplicitato che la richiesta di accesso deve essere connessa al giudizio pendente, è stata rimossa la precisazione che l'istanza va presentata al presidente ed è stato altresì eliminato il riferimento al fatto che l'ordinanza che decide sull'istanza sia "istruttoria", disponendosi invece che l'istanza è decisa "con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio".

Il sol fatto che sia stata eliminata la specificazione che l'ordinanza è istruttoria non pare, tuttavia, sufficiente per concludere che essa non lo sia.

Per comprendere la natura del sub-procedimento di cui al secondo comma dell'art. 116, non si deve dimenticare che tanto l'art. 21 che l'art. 116 prevedono una facoltà, non un obbligo in capo al ricorrente: in altre parole, nel momento in cui un provvedimento di diniego all'accesso venga emesso ed esso sia connesso a un ricorso già pendente, il ricorrente può scegliere se proporre un ricorso autonomo ovvero un'istanza incidentale^[6].

Le conseguenze dell'una o dell'altra opzione sono di non poco conto: innanzitutto, nel caso in cui venga proposto un ricorso in via ordinaria, il Tribunale avrà l'obbligo di fissare l'udienza di discussione "d'ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimato"; nel caso in cui, invece, il ricorso venisse veicolato attraverso l'istanza *ex art.* 116, co. 2, c.p.a., non

sussisterebbe alcun obbligo in tal senso: conferma se ne può trarre dal fatto che la stessa disposizione prevede che la decisione sulla richiesta di accesso possa essere assunta con la sentenza che definisce il merito della causa e pertanto all'esito dell'udienza pubblica di discussione.

Il che conduce a un'altra conseguenza connessa alla scelta di proporre un ricorso di tal fatta in via "incidentale": lo stesso potrebbe non essere mai deciso, e ciò accadrà tutte le volte in cui il ricorso fosse irricevibile, inammissibile ovvero improcedibile oppure ancora lo stesso dovesse andare perento o venire rinunciato. Insomma, la decisione dell'istanza *ex art.* 116, co. 2, c.p.a., diversamente da quella proposta in via autonoma, potrebbe essere nella disponibilità del ricorrente^[7].

Eventualità che, invece, come si è detto sopra, è impossibile per il ricorso "ordinario" in materia d'accesso, dato che l'udienza di discussione deve essere fissata d'ufficio, e in tempi rapidissimi, caratteristica comune a tutti i giudizi camerali.

Insomma, il ricorrente insoddisfatto dalla risposta dell'amministrazione a una richiesta di accesso, la quale sia "connessa" a un giudizio pendente o di futura instaurazione avanti il T.A.R., ha a sua scelta due rimedi diversi: il ricorso "classico" ovvero il ricorso "incidentale", i quali seguono due "binari" diversi. Mentre il primo procede in via autonoma, il secondo, essendo funzionale alla definizione del ricorso principale, ne segue le sorti.

Anche dal punto di vista temporale, al proponente l'istanza *ex art.* 116, co. 2, c.p.a. non è data alcuna garanzia di definizione accelerata o rapida: ma, del resto, ciò non costituisce un problema, atteso il fatto che il soddisfacimento della richiesta di accesso è connesso al ricorso principale.

Tale differenza di regimi – di cui non v'è cenno nella sentenza della Plenaria né nell'ordinanza di rimessione – pare di non poco conto e, al contempo, sembra sufficiente a giustificare una diversità di regimi per i due procedimenti e per l'impugnazione del provvedimento pronunciato all'esito.

Un secondo elemento che si vuole evidenziare è di carattere letterale: il comma 2 dell'art. 116 dequota "il ricorso di cui al comma 1" a "istanza" da depositarsi "presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale": previsione che si è tradotta, nella prassi, a deposito nel medesimo giudizio cui la richiesta è collegata.

La scelta specifica di qualificare il rimedio giurisdizionale classico del ricorso avverso il diniego quale istanza pare non possa dirsi casuale: l'impugnazione del diniego veicolata attraverso lo speciale meccanismo processuale dell'art. 116, co. 2, c.p.a., anche in ragione della scelta lessicale da parte del legislatore, sembra doversi ritenere una "speciale" richiesta istruttoria al giudice, la quale, senza alcuna urgenza, ben potrà essere definita insieme alle restanti richieste istruttorie all'esito dell'udienza di trattazione del merito.

Quanto fin qui detto, peraltro molto succintamente, probabilmente non supera le perplessità che la Plenaria ha inteso risolvere con la sua sentenza, la maggiore delle quali risiede nel fatto

che “l’istanza di accesso proposta nel corso di giudizio ha valenza decisoria, in quanto incide su situazioni giuridiche diverse rispetto a quelle oggetto del giudizio principale, così come avviene nel caso di ricorso proposto in via autonoma”.

È indubitabile che sia così, ma è altrettanto indiscutibile che ciò non possa costituire argomento per giungere alla conclusione dell’autonoma impugnabilità di tali provvedimenti, che per loro natura sono inidonei a passare in giudicato e che pertanto ben potrebbero essere appellati in uno con la sentenza che definirà il merito della vertenza^[8]: non fosse altro per il fatto che alla loro autonoma impugnabilità ha rinunciato lo stesso ricorrente, che ha veicolato la sua richiesta con uno specifico strumento processuale che segue le sorti del giudizio principale.

Senza dilungarsi sul tema, che involge una serie di questioni non affrontate nell’ordinanza in commento (anche se implicitamente risolte in senso conforme a quello espresso dalla Plenaria nella sentenza n. 4/2023), pare doversi affermare che la disciplina dell’istanza *ex art.* 116, co. 2, c.p.a. meriti alcune precisazioni da parte del legislatore, che chiariscano in via definitiva se essa altro non è che una modalità alternativa per promuovere un autonomo ricorso in materia di accesso ovvero se debba essere intesa quale “speciale” istanza istruttoria.

3. La disciplina generale dell’accesso agli atti nelle procedure a evidenza pubblica: il “triplice livello di protezione”

Le due ordinanze in commento prendono le mosse da questo presupposto in punto di fatto: la seconda classificata ha proposto istanza di accesso agli atti, chiedendo, tra l’altro, il rilascio di copia dell’offerta tecnica presentata dall’aggiudicataria; la stazione appaltante ha accolto parzialmente la richiesta di accesso disponendo il diniego rispetto al contenuto integrale dell’offerta, così motivando: “Per quanto riguarda invece l’ostensione dell’offerta tecnica in forma integrale, non si ritiene che questo documento presenti caratteri di stretta indispensabilità in relazione all’esigenza di tutela manifestata dall’istante e che pertanto la compressione del diritto di riservatezza di segreti tecnici e commerciali dell’impresa prima in graduatoria non risulti pienamente giustificato. Non si consente quindi l’accesso a tale documento”. Osserva quindi il Giudice che “nella sostanza, nulla dell’offerta tecnica è stato reso disponibile, con la conseguenza che la seconda classificata non ha alcuna possibilità di comprendere con quali criteri sono stati attribuiti i punteggi alla prima”.

Per comprendere appieno le ragioni del diniego e, soprattutto, le motivazioni che hanno condotto al loro annullamento, è opportuno fare un passo indietro e ricordare, almeno per sommi capi, le specificità della disciplina concernente l’accesso degli atti di gara.

La disposizione di riferimento è l’art. 53 del codice dei contratti pubblici, il quale a sua volta rinvia, per quanto non espressamente previsto dallo stesso codice, agli artt. 22 e ss. della L. n. 241/1990: l’art. 53 non reca infatti una disciplina completa dell’accesso in tale materia, ma pone solo alcune limitazioni, di carattere temporale e di carattere oggettivo.

Quanto al suo ambito di applicazione, l'art. 53 concerne tutte le procedure a evidenza pubblica, nei settori ordinari sia sopra che sotto soglia, così come nei settori speciali, pure con riguardo alle concessioni. Dal punto di vista soggettivo, l'accesso è consentito nei confronti di tutti i soggetti aggiudicatori, ossia tutte le stazioni appaltanti, così come tutti i privati soggetti all'applicazione del codice dei contratti pubblici (società a partecipazione pubblica, soggetti privati che fruiscono di finanziamenti pubblici, titolari di permesso di costruire che indicano gare per l'esecuzione di opere di urbanizzazione assunte a scomputo degli oneri di urbanizzazione, enti aggiudicatori nei settori speciali).

Per quel che riguarda i soggetti legittimati all'accesso, un interesse giuridicamente rilevante sussiste, ordinariamente, in capo ai partecipanti alla gara ovvero a chi da essa è stato escluso, o ancora agli operatori economici cui è preclusa la partecipazione.

L'art. 53 detta quindi una disciplina più restrittiva di quella generale, in particolare in base a quel che è previsto all'art. 24, L. n. 241/1990: innanzitutto, dal punto di vista soggettivo, come si è appena detto, è solo il concorrente che ha partecipato alla selezione ad avere diritto all'accesso, e non quindi qualsiasi terzo che possa comunque vantare un interesse differenziato; dal punto di vista oggettivo, il codice dei contratti pubblici richiede che l'accesso vada consentito a chi possa comprovare un'esigenza di carattere processuale, laddove invece l'art. 24 della L. n. 241/1990 offre un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente, senza preclusioni di sorta.

L'altra particolarità dell'accesso agli atti in materia di appalti è il differimento dell'ostensione: precisamente, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, per avere accesso all'elenco dei soggetti che ne hanno presentato una (nell'ambito di una procedura aperta) ovvero che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse (nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali); fino all'aggiudicazione, in relazione alle offerte e a tutti gli atti del procedimento di verifica della anomalia dell'offerta.

Lo scopo di tali limitazioni è duplice: da un lato, la tutela della riservatezza dei partecipanti alle procedure di scelta; dall'altro, la salvaguardia della libera concorrenza e della trasparenza delle offerte. Difatti, l'effettività della concorrenza e la genuinità delle offerte potrebbero venire pregiudicate dalla conoscenza, prima della scadenza dei termini per la presentazione delle medesime, dei nominativi degli operatori economici partecipanti.

Altra particolarità dell'accesso agli atti di gara è che ve ne sono alcuni che sono sottratti. Tra questi, i pareri legali acquisiti dagli enti aggiudicatori, le relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; nonché – così come prevede l'art. 53, comma 5, lett. a), “le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”.

È interessante comprendere ove tale limitazione si collochi rispetto al cosiddetto “triplice livello di protezione dei dati”, così come è stato ricostruito in giurisprudenza^[9].

Il primo livello corrisponde alle informazioni non qualificate, ossia quelle che non costituiscono oggetto di una specifica esigenza di riservatezza: in questi casi, l’interesse che legittima l’accesso è quello di cui all’art. 22, comma 1, lett. b), L. n. 241/1990 e deve pertanto essere connotato dai requisiti di immediatezza, concretezza e attualità e corrispondere “ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso”.

Come ricordato dalla giurisprudenza, in tal caso “il collegamento tra l’interesse legittimante l’accesso e la situazione giuridica finale si presenta nella forma più blanda”^[10], sulla base del fatto che “la tutela giurisdizionale del diritto di accesso assicura all’interessato trasparenza ed imparzialità, indipendentemente dalla lesione, in concreto, da parte della p.a., di una determinata posizione di diritto o interesse legittimo, facente capo alla sua sfera giuridica; difatti l’interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi è di suo un bene della vita autonomo, meritevole di tutela separatamente dalle posizioni sulle quali abbia poi ad incidere l’attività amministrativa, eventualmente in modo lesivo”^[11].

In una fascia intermedia si colloca l’esigenza di protezione connessa, *ex art.* 24, comma 6, lett. d), L. n. 241/1990, alla salvaguardia degli “interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari” i soggetti cui i documenti oggetto di accesso si riferiscono. In tale ipotesi, il diritto all’accesso supera quello alla segretezza, soltanto se il richiedente dimostri che l’interesse si fonda sulla necessità di “curare o difendere i propri interessi giuridici” ovvero, laddove i documenti contengano dati sensibili e giudiziari, quando l’accesso “sia strettamente indispensabile”^[12].

Si ha infine il terzo livello di protezione, così come regolato dall’art. 53, comma 5, lett. a), del codice dei contratti pubblici: ai cosiddetti “segreti tecnici e commerciali” il concorrente può accedere solo ove agisca “ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”. Di questo terzo livello ci si deve ora occupare.

4. I segreti tecnici e commerciali sottratti all’accesso

Il fondamento di tale previsione si rinviene nell’art. 21 della direttiva UE 2014/24, ove si può leggere che “l’amministrazione aggiudicatrice non rivela informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte”, salvo che non sia altrimenti previsto nella legislazione nazionale.

La previsione si caratterizza per essere una forte limitazione all’accesso agli atti, tesa a far fronte a un’esigenza specifica: escludere dall’ostensione tutta quella documentazione suscettibile di rivelare il *know-how* industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti. Così facendo, operatori economici in diretta concorrenza tra loro non

possono giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

La documentazione in discorso può essere esclusa dall'ostensione solo se l'impresa cui le informazioni si riferiscono ha fornito motivata dichiarazione che effettivamente vi siano delle informazioni che costituiscono segreti tecnici o commerciali; in caso di mancata dichiarazione, l'accesso andrà consentito, senza quindi alcun obbligo da parte dell'amministrazione di svolgere un controllo autonomo su ciò che sarebbe idoneo a rivelare il *know how* dell'operatore economico[13]: la dichiarazione di segretezza è richiesta perché l'esclusione dall'accesso è posta a tutela di interessi privati, non pubblici. Il fatto che la dichiarazione debba essere “comprovata e motivata” comporta implicitamente che l'amministrazione possa consentire l'accesso quando non condivida la motivazione adottata o comunque quando le ragioni non appaiano manifestamente infondate[14].

Vi è un'ulteriore precisazione da fare. Si ritiene che la tutela del segreto tecnico-commerciale non possa essere opposta per la prima volta in sede di opposizione all'istanza di accesso, dovendo tale indicazione essere oggetto di esplicita dichiarazione in sede di offerta[15]. Tale conclusione si desume, sul piano letterale, dal fatto che la lettera a) del comma 5 discorre di “informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte” e, in senso ancora più decisivo, dal fatto che la “dichiarazione” va resa “dall'offerente”. Sul piano, poi, della ragionevolezza interpretativa, si ritiene che tale indicazione non possa costituire un impedimento frapposto *ex post* dall'aggiudicatario, a tutela della posizione conseguita.

Ciò detto, è importante chiarire cosa si intenda per segreti tecnici e commerciali: né la direttiva europea 2014/24, né il codice dei contratti pubblici (nemmeno l'abrogato “codice appalti” del 2006) forniscono una definizione. Si dovrebbe dunque inferire che l'amministrazione goda di una discrezionalità piena nel valutare ciò che costituisce segreto tutelabile con la mancata ostensione e ciò che non lo è[16].

La giurisprudenza, nel ricostruire la *ratio legis*, ha fissato dei veri e propri canoni: si ritiene che debba essere esclusa dall'ostensibilità “quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il *know how*), vale a dire l'insieme del «saper fare» e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza”[17].

Vi è anche una certa giurisprudenza più restrittiva, per cui l'amministrazione sarebbe vincolata a quanto dispone sul punto il codice della proprietà industriale[18]. Appartiene a questo filone anche l'ordinanza del T.A.R. Bologna in commento, ove si può leggere che, “pur nella discrezionalità concessa all'amministrazione, nel valutare la effettiva sussistenza di un segreto tecnico-commerciale, l'amministrazione non può discostarsi dalla definizione normativa contenuta nel Codice della Proprietà Industriale”.

Ebbene, la disposizione di riferimento è l'art. 98, in base al quale i segreti commerciali sono tutte le informazioni aziendali, commerciali, le esperienze tecnico-industriali, che sono segrete, rilevanti dal punto di vista economico e che sono soggette, da parte del legittimo detentore, a misure di protezione ragionevolmente adeguate perché ne sia mantenuta la segretezza^[19].

Su questa specifica tematica, l'ordinanza pronuncia del T.A.R. Bologna e il principio ivi espresso non paiono condivisibili, non rintracciandosi alcuna ragione che fondi l'obbligo di applicare una disciplina più restrittiva, quale è quella contenuta nell'art. 98 del codice della proprietà industriale, rispetto a una definizione di maggior ampiezza che include nel concetto di segreto tecnico-industriale il patrimonio esperienziale accumulato da un'impresa, frutto della sua originalità e che non è di dominio pubblico.

È comunque indiscusso che nella definizione di segreti tecnici o commerciali non può ricadere qualsiasi elemento di originalità dei profili tecnici e qualitativi del servizio offerto, perché è del tutto fisiologico che ogni imprenditore abbia una specifica organizzazione, idee e soluzioni differenti da proporre al committente. Ne consegue che la “qualifica di segreto tecnico o commerciale deve ... essere riservata a elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico, che trovano applicazione in una serie indeterminata di appalti, e sono in grado di differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano mai a conoscenza”^[20].

Tuttavia, come ricordano le due ordinanze qui annotate, il divieto di accesso non è assoluto: come previsto dal comma 6 dell'art. 53, proprio in relazione alle informazioni contenenti segreti tecnici e commerciali e per ciò segretate, “è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”.

La norma sembra codificare l'esito del bilanciamento tra diritto alla segretezza e diritto all'accesso difensivo a favore del secondo classificato (a patto, ovviamente, che quest'ultimo abbia proposto la sua richiesta perché intenzionato a impugnare atti della procedura di affidamento per ottenerne l'annullamento o, comunque, a fini risarcitori, anche in via autonoma)^[21].

In questi termini, si esprime in modo cristallino l'ordinanza del T.A.R. Bologna in commento: “Nello specifico caso in cui sia il «concorrente che ha partecipato alla gara» ... a presentare l'istanza a fini difensivi, il bilanciamento tra accesso difensivo e tutela del segreto tecnico-commerciale è stato ... risolto a monte dal legislatore che ha ... riconosciuto la prevalenza della prima esigenza”.

Il Giudice di primo grado va oltre e trae, dal combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'art. 53, un corollario di non poco spessore: “l'unica ragione che può essere opposta all'accesso è, ad avviso del Collegio, che l'amministrazione fornisca una esauriente motivazione sul fatto che, contrariamente a quanto affermato dall'istante, l'istanza di accesso non sia proposta dal

«concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto»».

Insomma, l'amministrazione, una volta verificata la veridicità (o la verosimiglianza?) delle finalità sottese alla richiesta d'accesso, non potrebbe opporre all'istante l'esistenza di alcun segreto tecnico e dovrebbe ostendere l'offerta per intero.

Benché la pronuncia del Consiglio di Stato sull'impugnazione avverso questa ordinanza sia di conferma piena, il Giudice di secondo grado, a una lettura attenta, afferma però qualcosa di diverso: il Collegio d'appello, infatti, dà applicazione al criterio della “stretta indispensabilità” per cui non è sufficiente affermare di aver impugnato l'aggiudicazione (o altro provvedimento inerente la gara) ovvero di essere in procinto di farlo per avere diritto all'accesso all'offerta tecnica di uno o più dei concorrenti, segreti tecnico-commerciali inclusi. È necessario infatti che si sia dimostrato che la documentazione rivelante il *know-how* sia “strettamente indispensabile” ai fini dell'esercizio della tutela in sede giudiziale: diversamente, alla stessa non vi è diritto all'accesso.

A comprova di ciò, si legga questo estratto dell'ordinanza del Consiglio di Stato in commento: la “mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale non legittima l'accesso, che sarebbe meramente esplorativo, a informazioni riservate, perché difetterebbe la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64); in questo caso, la differenza di punteggio complessivo tra la prima e la seconda classificata è di 3,29 punti ed è pacifico che vi sia l'interesse a comprendere le modalità di attribuzione dei punteggi dell'offerta tecnica”.

Ben diverso da quel che afferma il T.A.R. Bologna, convinto che l'istanza di accesso possa essere rigettata solo se non sia proposta dal “«concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto»»”.

5. Il criterio della stretta indispensabilità

Come si è anticipato, il provvedimento del T.A.R. Bologna e del Consiglio di Stato qui in commento sembrano affermare due concetti distanti. Per comprendere se effettivamente sono tali è bene approfondire quale significato abbia il criterio della “stretta indispensabilità”, per cui, al fine di esercitare il diritto di accesso con riguardo a informazioni contenute nell'offerta tecnica o nelle giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta che riportino eventuali segreti tecnici o commerciali, è necessario dimostrare “la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio”^[22], non potendo quindi ritenersi sufficiente la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale.

Si deve partire dal principio affermato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 4 del 2021: "a) in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990 si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare; b) la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990"^[23].

All'interno di questa cornice (per cui, da un lato, non è sufficiente addurre generiche esigenze difensive e, dall'altro, non è possibile negare l'accesso perché all'apparenza il documento parrebbe non rilevante ai fini del giudizio) l'indispensabilità conoscitiva si dimostra essere lo "snodo strumentale indefettibile per il concreto esercizio delle prerogative di difesa, nel senso che, a fronte di dati dell'offerta tecnica presidiati da segreti industriali e commerciali, si rivela essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti quanto, piuttosto, la «stretta indispensabilità» della ridetta documentazione per apprestare determinate difese all'interno di in uno specifico giudizio"^[24].

In altre parole, la parte interessata ha l'onere "di dimostrare in modo intelligibile il collegamento necessario fra la documentazione richiesta e le proprie difese. E tanto, come evidenziato in diverse occasioni dalla giurisprudenza amministrativa, attraverso una sia pur minima indicazione delle «deduzioni difensive potenzialmente esplicabili». In questo quadro l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe – secondo il consueto criterio di riparto – su colui che agisce, ossia sul ricorrente (in sede procedimentale, il richiedente l'accesso agli atti); in assenza di tale dimostrazione circa la «stretta indispensabilità» della richiesta documentazione, la domanda di accesso finisce per tradursi nel tentativo «meramente esplorativo» di conoscere tutta la documentazione versata agli atti di gara, come tale inammissibile"^[25].

È utile allora comprendere quando tale onere venga considerato assolto.

In un recente caso deciso dal T.A.R. Veneto, in cui l'amministrazione aveva rigettato l'istanza di accesso alle parti dell'offerta tecnica oscurate, è stato affermato che il diniego "non poteva ... trovare giustificazione nella genericità dell'istanza, dovuta all'impossibilità di poter ulteriormente circostanziare le proprie esigenze di difesa in un momento in cui la richiedente l'accesso non conosceva il contenuto dell'offerta dell'aggiudicatario e, quindi, non solo gli

aspetti tecnici della stessa, ma nemmeno l'opposizione all'accesso già formulata in quell'occasione rispetto a specifiche parti di essa. La stazione appaltante avrebbe, pertanto, dovuto considerare che la società ricorrente, avendo partecipato alla procedura competitiva e intendendo contestare i punteggi attribuiti alla propria offerta, aveva la necessità, per poter svolgere le proprie difese, di conoscere gli elementi sui quali la commissione giudicatrice ha svolto le proprie valutazioni ritenendo di premiare l'offerta dell'aggiudicatario²⁶¹.

Similmente, nel caso affrontato dalle due ordinanze in commento, in cui l'offerta tecnica risultava per la maggior parte oscurata, tale onere è stato considerato assolto per il sol fatto che l'istanza è stata presentata dal “concorrente che ha partecipato alla gara” e non da un qualsiasi “operatore economico concorrente nel mercato”.

Nel caso in cui, invece, l'offerta tecnica sia in parte conoscibile e venga in parte ostesa, l'onere diventa più stringente. La stretta indispensabilità, infatti, è un “concetto che, pur dovendo essere declinato «in concreto», sconta l'inevitabile carattere «relativo» del momento nel quale viene avanzata la richiesta di accesso, e della documentazione della quale il ricorrente si trova già in possesso”²⁷¹.

Detto con altre parole: “quanto più l'interessato abbia già a disposizione documentazione di gara e quanto più la sua «proiezione giudiziale» si sia fatta concreta attraverso la proposizione di un ricorso avverso gli atti della procedura, tanto più stringente dovrà essere la deduzione e la prova della indispensabilità, ma, allo stesso modo, tanto più chiaramente l'interprete potrà avere contezza di quello stretto collegamento (o nesso di strumentalità necessaria) che deve ricorrere tra la documentazione richiesta e la situazione finale controversa per ammettere integralmente l'accesso anche a documenti contenenti segreti tecnici e commerciali”²⁸¹.

Insomma, nel momento in cui l'amministrazione chiarisce che l'offerta tecnica della controinteressata verrà resa accessibile con parti oscurate secondo la “dichiarazione sulla riservatezza dell'offerta tecnica”, non è più sufficiente invocare la propria qualifica di concorrente, di secondo classificato ovvero di ricorrente in giudizio per ottenere pieno accesso: sarà invece necessario esplicitare le ragioni che rendono indispensabile, ai fini della propria difesa in giudizio, l'accesso integrale ovvero in termini maggiori rispetto a quelli effettivamente concessi²⁹¹. Tale onere potrà essere assolto in modo “progressivo”, “in corrispondenza con la parimenti progressiva e parziale consegna da parte della P.a. della documentazione richiesta”.

6. Conclusioni

Appare evidente che l'onere della prova che grava sul richiedente accesso a quella parte dell'offerta tecnica o delle giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia che contengono segreti tecnico-commerciali è stato variamente risolto dalla giurisprudenza.

Sulla base di un primo orientamento, cui appartiene l'ordinanza del T.A.R. Bologna qui in commento, da reputarsi il più estensivo in materia, se a presentare l'istanza di accesso è un concorrente che ha partecipato alla gara e motiva la sua richiesta in relazione alla esigenza di difesa in giudizio dei propri interessi, l'unica ragione che potrebbe opporre l'amministrazione è che tale dichiarazione non corrisponda al vero, ossia che la richiesta "non sia proposta dal «concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto»". Diversamente, per il sol fatto di aver partecipato alla gara e di avere l'esigenza di tutelare i propri interessi, nessun segreto tecnico può essere addotto[30].

All'estremo opposto si collocano quelle pronunce che invece esigono un *quid pluris* rispetto alla mera intenzione di contestare l'aggiudicazione, dovendo l'istanza di accesso contenere almeno un accenno alla strumentalità della chiesta documentazione tecnica rispetto alle esigenze difensive e una sia pur minima indicazione delle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili: a questo "filone" si può ricondurre l'ordinanza del Consiglio di Stato qui annotata.

In una posizione intermedia si colloca invece quell'orientamento per cui non è sufficiente dimostrare la propria qualifica di concorrente alla gara che voglia difendersi in giudizio, ma è invece necessario ottemperare all'onere di provare la stretta indispensabilità della documentazione richiesta proporzionalmente a quanto già è stato osteso. Più precisamente, sia l'amministrazione che il giudice sono chiamati a valutare come, nel corso del tempo e dell'eventuale giudizio, il concorrente sia stato in grado di progressivamente specificare la necessità di avere accesso a quella parte della documentazione che è oscurata.

Ad avviso di chi scrive, quest'ultima tesi appare la più convincente, benché necessiti di una precisazione. Essa ha il pregio di non richiedere una *probatio diabolica* al concorrente, per il quale potrebbe essere impossibile fornire anche quella minima indicazione dei propri motivi di ricorso, se l'offerta tecnica gli è stata sostanzialmente oscurata per intero; ciò che è esigibile dall'operatore economico, invece, è esattamente – e solamente – ciò che egli può fornire: se l'aggiudicatario ha affermato che l'intera offerta contiene segreti tecnico-commerciali, ben sarà sufficiente che l'istante dichiari l'esigenza di voler contestare il punteggio attribuito dalla commissione per ottenere pieno accesso[31]. Se, invece, sono solo alcune porzioni dell'offerta a non venire ostese, allora l'onere da assolvere sarà maggiore e al richiedente si domanderà di dimostrare perché proprio quella tal parte gli è necessaria. Si potrebbe opporre che, alla vista di un paragrafo oscurato, sia impossibile assolvere tale onere: il che è condivisibile.

La tesi in discorso, pertanto, richiede effettivamente un correttivo: è necessario che la stazione appaltante conceda all'istante "accesso al contenuto essenziale delle ... informazioni" oscurate, così come di recente stabilito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea[32]. Se la stazione appaltante si attiene a tale prescrizione, certamente si evita il rischio di ledere il diritto dell'istante a un ricorso effettivo e, al contempo, si può esigere che egli integri – progressivamente – la propria richiesta di accesso in ordine all'indispensabilità della documentazione richiesta.

Tale conclusione si palesa in linea con il dettato del comma 6 dell'art. 53. È indubbio che la norma, nel momento in cui chiede di dimostrare che la documentazione è stata richiesta “ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”, non impone semplicemente – come, invece, ritiene il T.A.R. Bologna nell'ordinanza in commento – di dichiarare di avere questa intenzione e di essere un concorrente della gara: è evidente, infatti, che un onere di tal contenuto sarebbe sostanzialmente privo di contenuto, essendo sempre ottemperabile[33], e pare concreto il rischio di concedere accesso anche tutti coloro che vogliano fare un uso emulativo di questo diritto, unicamente per giovare di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri concorrenti.

Sulla base di questa ricostruzione, pertanto, è auspicabile che si instauri un “dialogo” tra l'istante e l'amministrazione, laddove il primo specifica le proprie esigenze in modo progressivo, aggiungendo ulteriori dettagli relativi alla stretta indispensabilità della documentazione, man mano che la stessa viene ostesa, anche a mezzo di sintetici riferimenti al suo contenuto[34].

Resta, tuttavia, un problema, di natura strettamente processuale: il Giudice si troverà a decidere dell'ostensione (o meno) di parti dell'offerta tecnica contenenti segreti tecnico-commerciali, senza poter effettivamente verificare se esse riportino informazioni meritevoli di protezione.

Mentre, infatti, l'amministrazione è nella posizione di valutare se, ai fini della difesa e delle esigenze prospettate dal ricorrente, la parte dell'offerta di cui è stato chiesto l'oscuramento abbia una rilevanza e sia funzionale agli interessi del richiedente e, soprattutto, contenga veramente segreti tecnico-commerciali, il giudice si trova nella medesima posizione del concorrente pretermesso dall'accesso. Non a caso, nella maggioranza dei casi affrontati dalla giurisprudenza, la decisione è nel senso di concedere ostensione all'intera offerta ovvero di negarla *in toto*, essendo alquanto arduo, per non dire impossibile, per il giudice distinguere tra le varie porzioni della documentazione che sono oscurate, non potendone conoscere il contenuto[35].

L'unica soluzione a questo problema è la cosiddetta “istruttoria riservata”, che consente al giudice – e solo al giudice – di conoscere per intero la documentazione, anche nella parte oscurata. Tale possibilità, tuttavia, nota in giurisprudenza, anche se sperimentata di rado[36], non è stata adottata dal nuovo codice dei contratti pubblici, perdendo così un'occasione per consentire una delibazione consapevole da parte dell'organo giudicante su aspetti così delicati, quali la conoscenza dell'offerta tecnica e dei giustificativi da parte degli operatori economici.

[1] Ci si riferisce alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del 24 gennaio 2023, n. 4, commentata su questa *Rivista*: cfr. C. Napolitano, *Sull'appellabilità dell'ordinanza pronunciata sulla richiesta di accesso documentale ex art. 116, co. 2, c.p.a. (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2023, n. 4)*.

[2] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2019, n. 3936; Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2018, n. 3028. Tale ricostruzione – ricorda la Plenaria – “valorizza la previsione che impone la notificazione dell'istanza all'Amministrazione e ai controinteressati. Essa comporta che: i) sul piano sostanziale, si applica integralmente la disciplina dell'accesso, anche per quanto attiene alla portata dell'accesso difensivo, nel senso che la documentazione può essere rilasciata «senza verificare la concreta pertinenza degli atti con l'oggetto della controversia principale ... ii) sul piano processuale, l'ordinanza è autonomamente impugnabile con ricorso al Consiglio di Stato ed è suscettibile di esecuzione coattiva con la proposizione del ricorso per ottemperanza”.

[3] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878; nonché Cons. Stato, Sez. III, 21 ottobre 2015, n. 806, e Cons. Stato, Sez. IV, 12 luglio 2013, n. 3579. Come ricorda la Plenaria, “tale ricostruzione valorizza il riferimento, contenuto nell'art. 116, alla «connessione» dell'istanza con il giudizio in corso, che presuppone sempre un rapporto di «strumentalità in senso stretto» della documentazione richiesta per la definizione del giudizio principale e tiene conto dell'esigenza di evitare il «rischio di impugnazioni autonome su ordinanze istruttorie che in seguito potrebbero rivelarsi comunque superflue, qualora l'esito del giudizio di primo grado fosse favorevole a prescindere». ... Essa comporta che: i) sul piano sostanziale, non si applica la disciplina dell'accesso; ii) sul piano processuale, si applica il regime delle ordinanze istruttorie, con esclusione della loro appellabilità, con la possibilità della loro modifica e revoca da parte del giudice che le ha adottate (art. 177 cod. proc. civ. e art. 39 cod. proc. amm.) e con la possibilità, in caso di mancata esecuzione, di trarre argomenti di prova dal comportamento dell'amministrazione (art. 64, comma 4, cod. proc. amm.)”.

[4] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 14 agosto 2020, n. 5036; si v. anche Cons. Stato, Sez. III, 7 ottobre 2020, n. 5944; Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 5765; Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 2010, n. 4068

[5] Cfr. ancora C. Napolitano, *Sull'appellabilità dell'ordinanza pronunciata sulla richiesta di accesso documentale ex art. 116, co. 2, c.p.a. (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2023, n. 4)*, in questa *Rivista*.

[6] Non fosse altro per il fatto che l'art. 116, co. 2, c.p.a. certo non consente di derogare alle regole sulla competenza del Giudice, a meno di non voler considerare il provvedimento di diniego all'accesso quale “atto presupposto” rispetto al provvedimento impugnato col ricorso “principale”: per il che – come afferma, non condivisibilmente, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III Quater, ord. 17 aprile 2023, n. 6581 – potrebbe trovare applicazione il comma 4-bis dell'art. 13 c.p.a. e quindi aversi uno spostamento della competenza avanti il medesimo giudice, ossia quello competente a conoscere del ricorso “principale”, in ossequio ai principi di economicità, satisfattività, effettività della tutela e ragionevolezza rispetto all'esigenza di congiunta trattazione manifestata dal legislatore con la disposizione testé citata.

[7] Sfugge alla disponibilità del ricorrente solo nel caso in cui il T.A.R. decida di fissare una camera di consiglio per la sola trattazione dell'istanza ex art. 116, co. 2, c.p.a.

[8] Sembra che il primo provvedimento che si è espresso per l'inammissibilità dell'appello contro l'ordinanza con cui il T.A.R. ha deciso l'impugnativa avverso il diniego di accesso ai documenti sia Cons. Stato, Sez. VI, ord. 22 gennaio 2002, n. 403, in *Il Foro Amministrativo – Consiglio di Stato*, I, 2002, 179, commentata da Anna Romano. Il Consiglio di Stato svolge un ragionamento ineccepibile: l'impugnativa per conseguire l'accesso agli atti non può considerarsi autonoma, ma strumentale alle esigenze difensive del giudizio in corso. Infatti, il giudizio cui è chiamato il Giudice di primo grado deve basarsi sul presupposto della acclarata esigenza dei documenti ai fini della decisione, non sulla sola riscontrata sussistenza delle condizioni di cui alla L. n. 241/1990.

[9] Così Cons. Stato, Sez. III, ord. 7 febbraio 2023, n. 1321.

[10] Così Cons. Stato n. 1321/2023 cit.

[11] Così Cons. Stato, Sez. V, 5 agosto 2020, n. 4930.

[12] Resta ovviamente ferma la previsione di cui al comma 7 dell'art. 24, per cui “in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”, l'accesso è consentito “nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196”.

[13] Cfr. R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 1268.

[14] Sulla questione si veda L. Minervini, *Accesso agli atti e procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici*, Foro Amm., 5, 2019, 949 ss.

[15] Cfr. R. De Nicolis, *I nuovi appalti pubblici* cit., 1269.

[16] Fermo, ovviamente, quanto affermato dalla Corte di Giustizia Europea, con la pronuncia della Sez. IV del 17 novembre 2022, ove è stato chiarito che “l’amministrazione aggiudicatrice non può essere vincolata dalla semplice affermazione di un operatore economico secondo la quale le informazioni trasmesse sono riservate, ma deve esigere che tale operatore dimostri la natura realmente riservata delle informazioni alla cui divulgazione esso si oppone (v., in tal senso, sentenza del 7 settembre 2021, Klaipeđos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punto 117)”. Sul tema si veda anche C.G.U.E., Grande Sezione, 7 settembre 2021, causa C-927/19, per cui “un’amministrazione aggiudicatrice, alla quale un operatore economico abbia presentato una richiesta di accesso alle informazioni riservate contenute nell’offerta del concorrente aggiudicatario, non è tenuta a comunicare tali elementi qualora la loro trasmissione comporti una violazione delle norme del diritto dell’Unione relative alla tutela delle informazioni riservate e, qualora rifiuti di trasmettere tali informazioni, l’amministrazione aggiudicatrice è tenuta a effettuare un bilanciamento tra il diritto del richiedente a una buona amministrazione e il diritto del concorrente alla tutela delle sue informazioni riservate in modo che la sua decisione di rifiuto siano motivate e il diritto ad un ricorso efficace di cui beneficia un offerente escluso non venga privato di effetto utile”; cfr. A. Magliari, *Diritto di accesso agli atti di gara e tutela della riservatezza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2022, 79 ss.; si veda anche S. Vitali, *Trasparenza amministrativa ed accesso agli atti riservati nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Urb. App.*, 1, 2022, 41 ss.

[17] Così Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64.

[18] Da ultimo, si veda T.A.R. Lazio, Roma, 26 settembre 2022, n. 12156; si veda anche Cons. Stato n. 64/2020 cit., ove si può leggere quanto segue: “nella definizione di segreti tecnici o commerciali non può ricadere qualsiasi elemento di originalità dello schema tecnico del servizio offerto, perché è del tutto fisiologico che ogni imprenditore abbia una specifica organizzazione, propri contatti commerciali, e idee differenti da applicare alle esigenze della clientela. La qualifica di segreto tecnico o commerciale deve invece essere riservata a elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico, che trovano applicazione in una serie indeterminata di appalti, e sono in grado di differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano mai a conoscenza (T.A.R. Campania Salerno Sez. II, 24/02/2020, n. 270)”.

[19] Le informazioni tecniche oggetto di tutela possono riferirsi sia a procedimenti che prodotti, siano essi brevettabili o meno; tra le informazioni non tecniche proteggibili vi sono le liste clienti e, tra quelle amministrative, tutta la documentazione relativa alla certificazione di qualità, così come le procedure attinenti all’amministrazione interna dell’azienda; sono inoltre da ritenersi tutelabili i risultati ottenuti in via automatica attraverso processi di intelligenza artificiale. Sulla questione, si veda, *ex multis*, *Commento all’art. 98* in L.C. Umbertazzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Milano, 2019, 603-605. In giurisprudenza, da ultimo, si veda T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 13 giugno 2022, n. 598. In linea con questa definizione è anche la più recente giurisprudenza eurounitaria: cfr. C.G.U.E., Sez. IV, 17 novembre 2022, causa C 54/21, per cui “l’amministrazione aggiudicatrice deve, al fine di decidere se rifiutare, a un offerente la cui offerta ammissibile sia stata respinta, l’accesso alle informazioni presentate dagli altri offerenti in merito alla loro esperienza pertinente e alle relative referenze, all’identità e alle qualifiche professionali del personale proposto per eseguire l’appalto o dei subappaltatori, nonché alla concezione del progetto la cui realizzazione è prevista nell’ambito dell’appalto e alle modalità di esecuzione di quest’ultimo, valutare se tali informazioni abbiano un valore commerciale che non si limita all’appalto pubblico di cui trattasi, informazioni la cui divulgazione può pregiudicare legittimi interessi commerciali o la concorrenza leale. L’amministrazione aggiudicatrice può, inoltre, rifiutare l’accesso a tali informazioni qualora la divulgazione di queste ultime, ancorché prive di siffatto valore commerciale, ostacoli l’applicazione della legge o sia contraria all’interesse pubblico”.

[20] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. IV, 6 maggio 2022, n. 5714, che richiama T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, n. 9363/2021, e T.A.R. Campania, Salerno, n. 270/2020.

[21] Deve tuttavia precisarsi che l’accesso difensivo non prevale *ex se* sulla tutela del segreto tecnico o commerciale; ad esempio, quando l’istanza di accesso è fondata su interessi quali il diritto di azione in sede civile nei confronti di soggetti privati per risarcimento danni da concorrenza sleale, per illecito extracontrattuale ovvero per sollecitare l’intervento del giudice penale: tali fattispecie sfuggono infatti alla previsione normativa per cui l’accesso difensivo e gli interessi da tutelare devono inerire la “procedura di affidamento del contratto”. Parimenti la richiesta di esibizione dovrà essere rigettata se essa si basa sull’esigenza di sollecitare poteri di autotutela dell’amministrazione, essendo ciò escluso dalla menzione, al comma 6

dell'art. 53, del fatto che l'accesso deve essere finalizzato alla “difesa in giudizio dei propri interessi”: in questi termini, cfr. R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici* cit., 1270.

[22] Così Cons. Stato n. 1321/2013 cit.

[23] Per un primo commento si veda T. Raimo, *Le potenzialità probatorie dell'accesso difensivo*, in *Urb. App.*, 6, 2021, 791 ss.

[24] Così T.A.R. Veneto, Sez. III, ord. 7 febbraio 2023, n. 1321.

[25] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2022, n. 369; cfr. altresì Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2472.

[26] Così T.A.R. Veneto, Sez. III, 19 luglio 2022, n. 1174.

[27] Cfr. T.A.R. Veneto n. 1484/2022.

[28] Cfr. T.A.R. Veneto n. 1484/2022. Sulla questione si veda anche L. Minervini, *Accesso agli atti* cit., 949 ss.

[29] In questi termini cfr. T.A.R. Veneto, Sez. III, ord. 13 dicembre 2022, n. 1891, confermata da Cons. Stato, Sez. III, 31 marzo 2023, n. 3379.

[30] In questi termini si esprime anche V. Mirra, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale: una conciliazione impossibile?*, in *Urb. App.*, 2, 2020, 181.

[31] Il che, peraltro, ha l'indiretto effetto di scoraggiare richieste di oscuramento ingiustificate ed estese a parti dell'offerta che manifestamente non contengono segreti.

[32] C.G.U.E., Sez. IV, 17 novembre 2022, causa C 54/21, par. 85.

[33] A maggior ragione dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 12 del 12 luglio 2020, che “vieta” i ricorsi “al buio” e consente la proposizione del gravame una volta che si ha avuto accesso alla documentazione rilevante. Insomma, il concorrente non aggiudicatario ben può attendere il riscontro all'accesso, anche oltre i consueti 30 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, per impugnare questo provvedimento.

[34] Sulla questione si veda F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica, infederalismi.it*, 22 maggio 2019, in particolare a p. 23, ove l'Autore afferma che è “irragionevole pretendere di anteporre il momento della costruzione della strategia difensiva a quello della conoscenza degli elementi necessari per la sua elaborazione”. Parrebbe di potersi ritenere che il temperamento proposto dalla ricostruzione qui sostenuta sia in grado di evitare il rischio di un'inversione logica, oltre che temporale, ossia di dover enucleare i motivi di ricorso, quando essi non sono ancora immaginabili.

[35] Fa eccezione T.A.R. Veneto n. 1174/2022 cit., in cui si apprezza una delibazione da parte del giudice, paragrafo per paragrafo tra quelli oscurati, cui dare accesso.

[36] I casi noti sono pochi: Cons. St., Sez. III, ord. 20 maggio 2021 n. 3897; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, ord. 30 novembre 2010, n. 34; T.A.R. Basilicata, Sez. I, ord. 4 ottobre 2013, n. 18.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2659 – 16 febbraio 2023

L’acquisizione gratuita al demanio statale delle opere realizzate dai concessionari uscenti: un nuovo rinvio alla Corte di Giustizia per le concessioni “balneari” (nota a Cons. Stato, Sez. VII, 15 settembre 2022, n. 8010)

di Marco Calabrò

Sommario: 1. La vicenda. – 2. La ratio della disciplina speciale di cui all’art. 49 cod. nav. – 3. Perduranti criticità interpretative nell’individuazione dell’ambito applicativo dell’acquisizione gratuita dei beni al patrimonio dello Stato. – 3.1. Il prospettato contrasto con il principio di proporzionalità in ipotesi di rinnovo della concessione. - 3.2. Il regime derogatorio ed il rinvio all’autonomia contrattuale. - 4. Riflessioni conclusive.

1. La vicenda.

Con ordinanza n. 8010 del 15 settembre 2022 il Consiglio di Stato ha rinviato alla Corte di Giustizia UE il giudizio circa la conformità al diritto europolitano di alcuni profili relativi alla disciplina della concessione delle aree demaniali marittime.

La vicenda da cui origina il contenzioso si inquadra nell’ambito del più ampio e complesso contesto della disciplina dell’affidamento delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative e della applicabilità alle stesse della c.d. direttiva servizi^[1]. Come noto – alla luce dell’introduzione di un ulteriore regime di proroga ad opera della l. n. 145/2018 e della relativa apertura di una ennesima procedura di infrazione nei confronti dell’Italia da parte della Commissione europea – è intervenuta l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con due sentenze gemelle (nn. 17 e 18 del 2021): in esse, da un lato, è affermata l’assoluta incompatibilità con il diritto europeo della proroga *ex lege* dei titoli concessori sino al 2033,

con consequenziale inapplicabilità di tale disposizione sia da parte dei giudici che delle stesse amministrazioni e, dall'altro lato, viene estesa l'efficacia delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2023, al fine di evitare gli impatti socio-economici derivanti da una immediata e generalizzata decadenza delle stesse[2].

Alle pronunce della Plenaria è, poi, seguita la l. n. 118/2022 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021) che – nel recepire l'indicazione pretoria della proroga sino al dicembre 2023 – non ha tuttavia compiutamente definito il nuovo sistema di affidamento delle concessioni, limitandosi a rinviare al Governo il compito di adottare uno o più decreti legislativi volti, tra l'altro, ad individuare i principi e le modalità delle nuove procedure di affidamento delle concessioni demaniali marittime[3]. La perdurante assenza di una normativa attuativa della direttiva Bolkestein in grado di risolvere i diversi dubbi interpretativi che connotano ormai da decenni il settore, nonchè il contestato ruolo di “supplente” del legislatore ricoperto dalle pronunce della plenaria, conducono, tra l'altro, alla circostanza che non può dirsi ancora posto un punto definitivo alla questione. Di ciò ne è prova una (ulteriore) recente chiamata in causa della CGUE[4] da parte del T.A.R. Puglia, Lecce, la cui ordinanza n. 743/2022 sottopone al vaglio interpretativo del Giudice Europeo primariamente la stessa natura auto-esecutiva della direttiva Bolkestein, e, in secondo luogo, la vigenza nel caso di specie (data per scontata dalla Plenaria) dei requisiti dell'interesse transfrontaliero certo e della limitatezza delle risorse[5].

Nella fattispecie in esame, tuttavia, non si discute degli aspetti dell'assoggettabilità o meno delle concessioni balneari alla direttiva servizi, della durata delle concessioni e dei limiti ai provvedimenti di proroga, bensì di un profilo più specifico (seppur connesso a quello generale) relativo all'applicazione dell'art. 49 del Codice della navigazione, ai sensi del quale *“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”*.

La società ricorrente – titolare sin dal 1928 di uno stabilimento balneare – aveva negli anni realizzato una serie di manufatti di difficile rimozione, alcuni dei quali già acquisiti al demanio statale mediante atto di incameramento formalizzatosi nel 1958, ed altri edificati successivamente e nei confronti dei quali era stato nel 2007 solo avviato ma mai concluso un secondo procedimento di incameramento. Nel 2014 l'amministrazione comunale, in sede di rinnovo della precedente concessione, qualificava pertinenze demaniali (perché acquisite ai sensi dell'art. 49 cod. nav.) i fabbricati realizzati in epoca successiva al 1958 e, di conseguenza, procedeva alla rideterminazione, in aumento, dei canoni concessori[6]. Avverso tale decisione, la società balneare presentava ricorso al T.A.R. Toscana, che tuttavia veniva respinto (T.A.R. Toscana, sez. III, 10 marzo 2021, n. 380), e, poi, appello al Consiglio di Stato.

Il ricorso in appello si fonda essenzialmente sulla considerazione che l'amministrazione avrebbe erroneamente ritenuto già acquisiti al patrimonio statale i manufatti edificati dal 1958 in poi: da un lato, il relativo procedimento di incameramento non era mai stato portato a termine e, dall'altro, l'art. 49 cod. nav. non avrebbe potuto trovare applicazione al caso di specie in quanto risulterebbe mancante il presupposto della “cessazione” del rapporto, essendo stato il titolo concessorio rinnovato senza soluzione di continuità.

Di contro, il comune – premessa la natura meramente dichiarativa e non costitutiva dell’atto di incameramento – sosteneva la piena applicabilità dell’art. 49 cit. al caso di specie nella misura in cui il titolo concessorio, prima di essere rinnovato, era formalmente cessato, il che avrebbe prodotto l’automatica acquisizione dei beni inamovibili da parte del demanio e la conseguente applicazione del canone maggiorato in sede di rinnovo.

In sede di appello l’impresa balneare eccepiva altresì che – se si dovesse ritenere applicabile l’art. 49 cod. nav. anche alle ipotesi di rinnovo automatico del titolo concessorio – si configurerebbe una violazione degli artt. 49 TFUE (libertà di stabilimento) e 56 TFUE (Libertà di prestazioni di servizi), nella misura in cui l’effetto dell’acquisizione dei beni al patrimonio statale risulterebbe sproporzionata rispetto all’obiettivo della norma, consistente nell’esigenza di assicurare che le opere non amovibili destinate a restare sul territorio finiscano nella piena disponibilità dell’ente proprietario dell’area, ai fini di una corretta gestione dei beni demaniali per prevalenti finalità di interesse pubblico^[7].

Ebbene, risultando necessario ai fini della soluzione della controversia affrontare profili connessi alla corretta interpretazione del diritto europeo, il Consiglio di Stato ha ritenuto di dover rinviare la questione alla CGUE, sottoponendole il seguente quesito: “*Se gli artt. 49 e 56 TFUE ed i principi desumibili dalla sentenza Laezza (C-375/14) ove ritenuti applicabili, ostino all’interpretazione di una disposizione nazionale quale l’art. 49 cod. nav. nel senso di determinare la cessione a titolo non oneroso e senza indennizzo da parte del concessionario alla scadenza della concessione quando questa venga rinnovata, senza soluzione di continuità, pure in forza di un nuovo provvedimento, delle opere edilizie realizzate sull’area demaniale facenti parte del complesso di beni organizzati per l’esercizio dell’impresa 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*”. Ad oggi la questione pende innanzi alla Corte di Giustizia UE (causa C-598/22).

2. La ratio della disciplina speciale di cui all’art. 49 cod. nav.

Prima di procedere all’esame del profilo specificamente indagato dalla pronuncia in commento, appare opportuno inquadrare brevemente la *ratio* della disciplina di cui all’art. 49 cod. nav., ai sensi del quale, come detto, – salvo che nell’atto di concessione non venga diversamente stabilito – al momento della cessazione del rapporto, le opere non amovibili realizzate su area demaniale sono automaticamente devolute a titolo gratuito allo Stato, a meno che quest’ultimo non decida di ordinarne la demolizione allo stesso concessionario uscente.

Posto che la formulazione della norma non fornisce alcun criterio in base al quale l’amministrazione dovrebbe optare per la demolizione dell’opera o per l’incameramento della stessa^[8], è evidente che la p.a. opterà per tale seconda scelta ogniqualvolta lo riterrà vantaggioso: da un lato, la realizzazione di manufatti funzionali all’uso turistico del litorale conduce (almeno potenzialmente) ad un aumento del valore dell’area demaniale, arricchita da opere; dall’altro lato, la presenza di strutture recettive, ristoranti, bar, attrezzature sportive, etc., porta ad un incremento del canone demaniale che il concessionario subentrante sarà tenuto a corrispondere.

Ulteriore profilo dirimente per comprendere appieno la portata della disposizione è rappresentato, poi, dalla circostanza che – attesa l’assenza di una disciplina specifica relativa alla realizzazione di opere su area demaniale marittima – trova applicazione la disciplina del diritto di superficie e, per quanto maggiormente rileva in questa sede, il consequenziale acquisto della proprietà superficiaria a titolo originario da parte di colui che costruisce il manufatto, ovvero l’impresa balneare concessionaria^[9].

Il trasferimento della proprietà delle opere dal soggetto privato al patrimonio statale sancita dall’art. 49 cit. al momento della cessazione del rapporto concessorio (e, quindi, del relativo diritto di superficie), configura, pertanto, una applicazione settoriale dell’istituto dell’accessione, di cui all’art. 934 c.c. Tale applicazione, tuttavia, si accompagna ad una deroga, relativa alla connessa previsione del pagamento di un indennizzo, di cui al successivo art. 936 c.c., in base al quale, qualora il proprietario del fondo intenda non optare per l’abbattimento delle opere, egli è tenuto a versare una cifra pari al valore dei materiali e della mano d’opera oppure, a sua scelta, all’aumento di valore recato al fondo. E’ bene sin d’ora osservare che la *ratio* della deroga, ovvero la mancata previsione di un ristoro rispetto ad investimenti consistenti nella realizzazione di strutture e manufatti spesso di notevole valore, era (sino ad oggi) riscontrabile nella circostanza che i sacrifici economici affrontati dall’impresa balneare rinvenivano una loro adeguata “contropartita” nella lunga durata del rapporto concessorio, attesa la prassi (ormai da considerarsi non più operativa) dei rinnovi automatici dei titoli^[10].

3. Perduranti criticità interpretative nell’individuazione dell’ambito applicativo dell’acquisizione gratuita dei beni al patrimonio dello Stato.

La corretta perimetrazione dell’ambito oggettivo di applicazione dell’art. 49 cod. nav. soffre una serie di criticità, tra le quali la principale è rappresentata dalla individuazione della categoria di “opere non amovibili”, attesa l’assenza di una definizione di tale categoria sia nel Codice della navigazione che in altri testi normativi.

Diverse circolari del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nonché dell’Agenzia del Demanio, legano la nozione di “non amovibilità” alla struttura stabile del manufatto, tale da comportare la necessaria demolizione dello stesso in sede di rimozione^[11]. Anche la giurisprudenza sembra aderire al criterio distintivo operato dalla prassi amministrativa, ritenendo, ad esempio, non amovibili strutture metalliche che – pur non essendo fissate direttamente al terreno – risultano ancorate mediante bulloni ad una base di cemento armato (a sua volta incorporata al suolo)^[12] o, al contrario, sancendo l’illegittimità della valutazione di inamovibilità di un manufatto fondata sulla sola complessità delle operazioni di smontaggio dei pannelli prefabbricati, “posto che tale circostanza non esclude sul piano logico che l’operazione sia comunque effettuabile senza distruzione dell’opera, sia pure con successiva necessità di ripristinarne gli elementi accessori”^[13].

Può osservarsi, tra l’altro, come l’art. 49 cit. non faccia riferimento (come invece avviene in ambito edilizio) al carattere della “non facile” amovibilità del bene, bensì a quello (maggiormente restrittivo) della “non amovibilità” in senso assoluto, il che sembrerebbe restringerne notevolmente il raggio di azione. Di contro, la centralità della individuazione di criteri certi in base ai quali qualificare amovibile o meno un manufatto riposa nella circostanza

che la fragilità del terreno e l'assenza di opere di protezione da eventi atmosferici in cui versa gran parte del tratto costiero italiano, in molti casi non consentono la realizzazione di strutture con materiali leggeri e non stabilmente ancorate al terreno; spesso, quindi, l'impiego di cemento armato e l'edificazione di manufatti infissi al suolo non rappresenta una libera scelta del concessionario, quanto piuttosto una necessità tesa a garantire adeguate condizioni di sicurezza agli utenti.

Nei fatti, pertanto, sono numerose le costruzioni potenzialmente riconducibili alla nozione di non amovibilità presenti sulle coste nazionali ed è evidente che, in assenza di un intervento chiarificatore da parte del legislatore, si configura una situazione di incertezza non solo foriera di probabili contenziosi, ma a causa della quale i concessionari non sono nemmeno messi nelle condizioni di prevedere con sicurezza *ex ante* le opere destinate ad essere acquisite al patrimonio dello Stato ai sensi dell'art 49 cod. nav., e, di conseguenza, di modulare adeguatamente i relativi investimenti.

3.1. Il prospettato contrasto con il principio di proporzionalità in ipotesi di rinnovo della concessione.

La pronuncia in esame, invero, non si occupa del tema della “non facile amovibilità”, vertendo piuttosto su altri due profili che contribuiscono anch'essi a rendere piuttosto incerta l'applicazione della disciplina *de qua*.

L'impresa ricorrente risulta titolare della concessione di un determinato tratto demaniale da quasi cento anni e rientra, pertanto, pienamente nella categoria di quei soggetti in capo ai quali – attesa la prassi (amministrativa e normativa^[14]) dei rinnovi automatici – si discute circa la riconoscibilità o meno dell'insorgere di un affidamento sulla prosecuzione del rapporto. Nel caso di specie, tuttavia, la pronuncia non affronta il profilo della legittima aspettativa dell'*incumbent* che si vede “prematuramente” scadere la concessione (originariamente prorogata *ex lege* fino al 2033). I giudici di Palazzo Spada sono chiamati, piuttosto, a decidere sulla posizione del soggetto che – pur vedendosi rinnovata la concessione – subisce le conseguenze dell'applicazione dell'art. 49 cod. nav., ovvero la maggiorazione del canone, atteso che il nuovo titolo concessorio “trasferisce” al privato, insieme all'area demaniale, anche le opere edificate dal concessionario, poi acquisite dallo Stato (una volta cessato il rapporto) e quindi subito dopo “ri-concesse” nuovamente al medesimo operatore economico (che le aveva realizzate).

Il nodo della questione è da rinvenire nella circostanza che nel caso di specie l'amministrazione non ha riconosciuto al concessionario la proroga del precedente titolo, bensì ha nuovamente attribuito la gestione di quel tratto costiero alla medesima impresa balneare attraverso un provvedimento di rinnovo. Come noto, con l'atto di proroga l'amministrazione si limita a posticipare il termine di scadenza del rapporto concessorio, che resta tale, laddove, al contrario, il rinnovo automatico comporta la chiusura del precedente rapporto ed un nuovo momento di negoziazione tra le parti^[15]. Entrambe le fattispecie, invero, sono viste con sfavore dal legislatore, in quanto – seppure con modalità differenti – conducono comunque al risultato di limitare il principio della concorrenza e l'accesso al mercato da parte di nuovi operatori economici^[16].

Ciò posto, l'art. 49 cod. nav. lega la devoluzione delle opere al patrimonio dello Stato al momento della *cessazione* della concessione e l'interrogativo è se con l'uso di tale termine il

legislatore abbia inteso riferirsi – oltre alle ipotesi “classiche” di estinzione del rapporto (scadenza, revoca, decadenza, rinuncia) – anche al rinnovo del titolo. Sul punto si registra un contrasto giurisprudenziale. Secondo una prima “formalistica” interpretazione della norma, l’acquisizione gratuita si verificherebbe anche in caso di rinnovo automatico, nella misura in cui quest’ultimo, a differenza della proroga, comporta in ogni caso l’estinzione del precedente rapporto ed il contestuale rilascio di una nuova concessione[17]. Al momento dello scadere della concessione, pertanto, ancorchè rinnovata, si verificherebbe la suddetta devoluzione al patrimonio statale dei beni non facilmente amovibili[18].

Secondo un diverso orientamento, invece, propendendo per una interpretazione sostanzialistica della nozione di cessazione, la devoluzione delle opere non amovibili non troverebbe applicazione in ipotesi di rinnovo automatico senza soluzione di continuità del titolo concessorio, configurandosi quest’ultimo, “al di là del *nomen iuris*, come una piena proroga dell’originario rapporto senza soluzione di continuità”[19]. In tale prospettiva, del resto, può essere utile ricordare come la stessa Corte di Giustizia, con la sentenza *Promoimpresa*, abbia *a contrario* individuato tra le ragioni violative dell’art. 12 della direttiva *Bolkestein* proprio la sostanziale equiparazione che esiste tra le proroghe *ex lege* dei rapporti concessori ed un eventuale rinnovo automatico degli stessi[20].

Per quanto condivisibile sotto il profilo sostanziale, tale secondo indirizzo finisce per *bypassare* il problema della automaticità dell’effetto *ex lege* dell’acquisizione dei beni al patrimonio dello Stato alla scadenza della concessione. Secondo costante giurisprudenza, infatti, l’art. 49 cod. nav. individuerrebbe il tempo dell’acquisto in mano pubblica delle opere nel momento in cui “venga a cessare la concessione”, senza ulteriori precisazioni in relazione alle relative cause, esprimendo in tal modo un principio di ordine generale, in base al quale le opere costruite sull’area demaniale verrebbero acquisite *ipso iure*[21]. Coerentemente, al successivo atto amministrativo di incameramento viene riconosciuta natura meramente ricognitiva, atteso l’immediato ed automatico trasferimento della titolarità dei beni in capo all’amministrazione[22].

Tale ricostruzione ha spinto parte della dottrina, come ricorda la stessa pronuncia in commento, a parlare di “surrettizia espropriazione senza indennizzo”. Non deve dimenticarsi, infatti, che le opere legittimamente edificate dal concessionario su area demaniale non assumono sin da subito la qualifica di beni demaniali: esse sono riconducibili, al contrario, alla categoria dei beni di proprietà privata, destinati ad essere trasferiti nell’ambito del demanio statale unicamente alla cessazione del rapporto concessorio[23]. Come già osservato, il titolare della concessione, laddove autorizzato a trasformare l’area demaniale, agisce in forza di un diritto di superficie[24]: la natura “reale” dell’atto concessorio rende il privato, pertanto, proprietario dei beni immobili legittimamente realizzati su di esso, “proprietà superficaria, sia pure avente natura temporanea e soggetta ad una peculiare regolazione in ordine al momento della sua modificazione, cessazione o estinzione”[25].

Ebbene, ai fini della questione oggetto specifico della pronuncia in commento, l’eventuale non riconducibilità della fattispecie del rinnovo tacito alle ipotesi di cessazione di cui all’art. 49 cod. nav. avrebbe la rilevante conseguenza di dover considerare ancora in titolarità privata i manufatti realizzati sulla base del precedente titolo: per essi, pertanto, non sarebbe dovuto un canone ulteriore, essendo tenuto il concessionario a corrispondere un canone commisurato unicamente alla occupazione del suolo demaniale[26].

Più in generale, parte della dottrina ha affermato come l'art. 49 cod. nav. – nel determinare l'incameramento dei beni in proprietà superficaria del concessionario in assenza di indennizzo – violerebbe gli artt. 3 e 42 Cost., nonché l'art. 1 del Protocollo Addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e l'art. 17 della Carta di Nizza (entrambi dedicati alla tutela della proprietà): l'acquisizione gratuita al patrimonio dello Stato di un complesso di manufatti privati realizzati per effetto dell'attività (legittima) e degli investimenti dei concessionari uscenti configurerebbe una ipotesi di espropriazione sostanziale, priva del corrispettivo pagamento della giusta indennità[27].

La pronuncia in commento, tuttavia, esclude la possibilità di aderire a tale orientamento, ritenendo che il profilo problematico della disciplina in questione – sul quale finisce per fondare il rinvio alla Corte di Giustizia – sarebbe piuttosto la prospettata violazione del principio di proporzionalità, in merito alla quale richiama espressamente il precedente rappresentato dalla sentenza *Laezza*[28]. In quel caso la disposizione contestata imponeva ai concessionari di attività di scommesse l'obbligo di cedere gratuitamente i beni usati per la raccolta delle scommesse una volta terminato il rapporto concessorio e il giudice europeo ritenne la misura proporzionale unicamente nelle ipotesi di cessazione “sanzionatoria” del rapporto (revoca o decadenza), atteso che la finalità della disposizione era contrastare la diffusione del gioco irregolare e illegale. Di contro, la CGUE stabilì che la devoluzione dei beni a titolo gratuito nelle ipotesi di cessazione dell'attività per scadenza naturale della concessione configurava una restrizione delle libertà di cui agli artt. 49 e 56 del TFUE, che non trovava idonea giustificazione nelle finalità della norma e, pertanto, risultava sproporzionata rispetto all'effetto di impedire all'impresa di trarre profitto dai propri investimenti[29].

Medesimo ragionamento sarà quindi chiamata a porre in essere la Corte di Giustizia nel valutare la questione sottoposta in questa sede, ovvero verificare se l'obbligo imposto al concessionario di cedere a titolo non oneroso – all'atto della cessazione del rapporto seguita da rinnovo dello stesso senza soluzione di continuità – la proprietà delle infrastrutture realizzate per l'esercizio dell'attività, soddisfi o meno il test di proporzionalità rispetto alla finalità della disposizione, consistente nell'esigenza di assicurare che le opere non amovibili destinate a restare sul territorio finiscano nella piena disponibilità dell'ente proprietario dell'area ai fini di una loro corretta gestione.

3.2. Il regime derogatorio ed il rinvio all'autonomia contrattuale.

L'art. 49 cod. nav., nell'introdurre la regola dell'acquisizione gratuita al demanio statale delle opere non amovibili realizzate nel corso del rapporto concessorio, contempla un regime derogatorio, desumibile dall'inciso con il quale principia la norma: “salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione”. Il legislatore, invero in maniera piuttosto ermetica, ha evidentemente inteso stabilire che l'operatività della regola generale (devoluzione automatica e gratuita dei beni al patrimonio dello Stato) è condizionata al consenso delle parti, le quali – in sede di negoziazione – potrebbero prevedere un diverso regime giuridico[30]. Evidentemente la deroga non può contemplare il permanere della titolarità dell'opera in capo al concessionario uscente (una volta “recisa” la relazione di quest'ultimo con l'area demaniale), il che implica che la previsione difforme rispetto al dettato normativo può riguardare unicamente l'eventuale riconoscimento di un indennizzo teso a remunerare gli investimenti effettuati.

Al riguardo, si può osservare come anche di recente innanzi al Consiglio di Stato sia stata accolta l'illegittimità costituzionale dell'art. 49 cod. nav. per violazione degli artt. 3 e 41 Cost. nella misura in cui non prevede l'obbligo di indennizzare il concessionario per gli investimenti realizzati, anche nel caso in cui gli stessi siano stati autorizzati dall'Amministrazione in ragione della loro conformità all'interesse pubblico. Con la pronuncia in commento, tuttavia, i giudici di Palazzo Spada – nel confermare quanto già affermato dal giudice di prime cure^[31] – hanno ritenuto di non poter sollevare la questione di legittimità costituzionale per manifesta infondatezza, proprio in quanto la norma non escluderebbe in assoluto la possibilità per il concessionario di ottenere un compenso per le opere non amovibili realizzate, rimettendo piuttosto alla contrattazione tra le parti l'inserimento o meno di una specifica pattuizione al riguardo. “La scelta, quindi, dell'appellante di subentrare in un rapporto concessorio già preconstituito in cui non era prevista la corresponsione di alcun indennizzo per le opere in questione non legittima la censura sull'applicazione di una norma dispositiva non derogata per volontà delle parti. In tal senso, quindi, l'appellante patisce un pregiudizio di fatto non idoneo ad incidere sulla costituzionalità della norma in esame”^[32].

E pertanto, l'attuale formulazione dell'art. 49 cod. nav. – non escludendo in assoluto la previsione di un indennizzo – già conterrebbe in sé, almeno in chiave teorica, una possibile soluzione al problema della mancata remunerazione degli investimenti dei soggetti concessionari. In tale prospettiva, se, in una fase anteriore alla formulazione dell'atto concessorio, il privato non esprime avviso contrario all'applicazione della regola generale della devoluzione gratuita dei beni alla cessazione del rapporto, viene a configurarsi una ipotesi di acquiescenza *per facta concludentia*. Tuttavia, tale ricostruzione, seppur legittima su di un piano formale, rischia di “infrangersi” una volta calata nella realtà delle dinamiche che generalmente connotano l'aggiudicazione di una concessione demaniale marittima: l'azienda balneare individuata come affidataria dell'area molto difficilmente è messa nelle condizioni di poter incidere sul contenuto dell'atto concessorio, con la conseguenza che, nei fatti, non vi è un reale “spazio” per una effettiva negoziazione (il che del resto trova riscontro nella sostanziale assenza di concessioni contenenti clausole derogatorie dell'effetto devolutivo di cui all'art. 49 cod. nav.).

4. Riflessioni conclusive.

Alla luce delle considerazioni svolte, appare quasi “surreale” ritenere che l'effetto devolutivo della proprietà dei beni, di cui all'art. 49 cod. nav., debba esplicarsi anche in caso di rinnovo del titolo concessorio senza soluzione di continuità. Essendo i manufatti destinati a continuare per diversi anni ad essere gestiti dallo stesso operatore economico che li ha realizzati, una spoliazione seguita da immediata restituzione (avente, però, l'effetto di incrementare il canone) non trova alcuna giustificazione^[33] e si auspica verrà considerata violativa del principio di proporzionalità dalla Corte Giust UE, il cui necessario ruolo “chiarificatore” sembra non vedere un epilogo. Nel richiamare l'ennesimo rinvio alla Corte di Giustizia di recente posto in essere dal T.A.R. Puglia sull'applicabilità o meno della direttiva servizi alle concessioni balneari – nonostante le di poco precedenti decisioni della Plenaria sul punto – si aderisce alla posizione di chi ha osservato che si sta “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”^[34].

In effetti, pare ormai chiaro che un netto e (si auspica) definitivo intervento del legislatore non sia più procrastinabile, e non solo in ordine all'acquisizione o meno dei beni al patrimonio statale in caso di rinnovo senza soluzione di continuità del titolo concessorio, ma, più in generale, in merito alla portata applicativa dell'art. 49 cod. nav. Tale disposizione, che trovava una sua "contropartita" nel precedente contesto giuridico connotato dal diritto di insistenza e dal regime delle proroghe *ex lege*, oggi sembra non più rinvenire una adeguata giustificazione.

Le sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021 accennano, in effetti, all'esigenza di prevedere forme di indennizzo paramtrate agli investimenti effettuati dai concessionari uscenti "essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi". Tuttavia – a prescindere dalla considerazione che nulla è indicato in merito ai criteri circa l'*an* ed il *quantum* di tale ristoro – se ci si limitasse a riconoscere un ristoro pecuniario ai soli *incumbents* che ad oggi vedono scadere anticipatamente (rispetto a quanto era stato loro prospettato dallo stesso legislatore) il rapporto concessorio, si finirebbe per tutelare il solo legittimo affidamento di questi ultimi[35], senza in alcun modo prendere in considerazione i profili della tutela della proprietà[36] e della eventuale configurazione di una ipotesi di indebito arricchimento in capo all'amministrazione[37].

In ordine al profilo della tutela della proprietà, se il Governo – in sede di elaborazione della nuova disciplina degli affidamenti delle concessioni demaniali marittime – dovesse prevedere una modalità di affidamento che non contemplasse una durata standard delle concessioni[38], si potrebbe in effetti "salvare" l'istituto dell'acquisizione gratuita: occorrerebbe – in ossequio al principio che parametrata la durata delle concessioni al tempo necessario al recupero degli investimenti[39] – prevedere di volta in volta una diversa durata della concessione, parametrata all'entità e alla rilevanza degli investimenti programmati e autorizzati[40].

A ben vedere, tuttavia, l'attuale formulazione della disposizione ha l'ulteriore effetto di "mortificare" ingiustificatamente la libera iniziativa economica privata (restringendo le libertà garantite dagli artt. 49 e 56 TFUE) nella misura in cui rende meno allettante l'accesso ad un mercato nel quale non è consentito al concessionario trarre profitto dal proprio investimento[41], con ricadute negative anche in termini di interesse pubblico. Perché mai, ad esempio, un concessionario al quale è stata autorizzata la realizzazione di un ristorante dovrebbe prospettare investimenti maggiori (uso di materiali eco-compatibili, attenzione alla tradizione architettonica locale, ecc.) nella consapevolezza che ciò non inciderà minimamente sulla futura remunerazione dell'investimento?[42].

Resterebbe in piedi, pertanto, in ogni caso la necessità di prevedere un indennizzo, in ragione della circostanza che il concessionario uscente restituisce il "bene concesso" (l'area demaniale) non così come ricevuto, bensì "trasformato" mediante la realizzazione di infrastrutture non solo destinate ad essere utilizzate dal subentrante, ma anche idonee a far incremento il valore di quanto originariamente concesso[43]. I criteri in base ai quali calcolare l'indennizzo dovrebbero, pertanto, concernere il valore dell'opera realizzata, l'incremento di valore dalla stessa (eventualmente) apportato all'area demaniale, nonché il valore commerciale dell'impresa, ovvero il c.d. avviamento (il cui "peso" andrebbe evidentemente trasferito sul concessionario subentrante mediante un ponderato incremento dell'ammontare del canone concessorio)[44]. Tale incremento non può non essere ristorato, anche alla luce della circostanza che – come è stato condivisibilmente osservato – nella specie non si tratterebbe di un indennizzo di espropriazione per pubblica utilità, ma di acquisizione

di un bene da parte di un altro privato per ragioni imprenditoriali, sicchè non vi sarebbero neppure “quelle esigenze del giusto equilibrio tra la tutela del diritto sul bene e interessi generali che talvolta possono consentire una riduzione delle entità dell’indennizzo”^[45].

La previsione di un ristoro nei confronti del concessionario uscente, del resto, non configurerebbe una assoluta novità nell’ambito dello stesso Codice della navigazione, il cui art. 703 prevede l’obbligo di corrispondere il “valore di subentro” da parte del concessionario entrante, in caso di realizzazione di impianti o immobili fissi (anche a carattere commerciale), realizzati, con l’autorizzazione dell’ENAC, in quanto strumentali all’erogazione del servizio ed alla valorizzazione dell’aeroporto.

In tale direzione, in effetti, sembra orientato il legislatore, laddove nella legge delega n. 118/2022 dispone che i decreti chiamati ad individuare la nuova disciplina in conformità ai principi europei della concorrenza dovranno tenere in adeguata considerazione gli investimenti effettuati dal concessionario e il valore aziendale dell’impresa, nonché definire criteri per la quantificazione di un indennizzo da riconoscere al concessionario uscente da parte di quello subentrante, in un’ottica di remunerazione del cd. “avviamento”^[46]. Preme segnalare come la disposizione non introduca un ristoro “eventuale”, in tal modo facendo intendere che esso debba essere sempre riconosciuto al concessionario uscente, anche nelle ipotesi nelle quali l’ammortamento e l’equa remunerazione degli investimenti effettuati si siano già perfezionati nel corso del rapporto concessorio. Al riguardo, poi, non si può non tenere in conto anche della specificità dell’attività economica *de qua*: si tratta di piccole imprese, nella maggior parte dei casi a conduzione familiare, la cui attenzione alla persona è in grado negli anni di fidelizzare l’utente del servizio con quella specifica località, con la conseguenza che il “valore” dell’attività imprenditoriale non può basarsi unicamente su elementi di tipo economico, ma anche sulla “capacità di creare empatia tra turista fruitore e luogo che lo accoglie [...] senza vanificare altresì il *know how* acquisito e la connessione con il sistema turistico locale nel suo complesso”^[47].

[1] Sul tema, ex multis, M. Timo, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedurali e contenutistici delle concessioni balneari*, Torino, 2020; C. Benetazzo, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell’affidamento*, in *Federalismi.it*, 25/2016; M. Calabrò, *Concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreativa e diritto europeo della concorrenza*, in *Munus*, 2/2012, 453 ss.

[2] Sono diversi i profili di rilievo, oltre che di criticità, che emergono dalla lettura delle sentenze dell’Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021. Ad essi è stato dedicato il numero monografico 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 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. Numerosi sono anche gli scritti dedicati alle suddette pronunce pubblicati in questa *Rivista*: M.A. Sandulli, *Sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*, 2022; F. Francario, *Se questa è nomifilachia. Il diritto amministrativo 2.0. secondo l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, 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.*, 2022; E. Cannizzaro, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell’Ad. Plen.*, 2021; F. P. Bello, *Primissime considerazioni sulla “nuova” disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, 2021; R. Dipace, *All’Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, 2021.

[3] Con l’art. 4, co. 2, lett. b) della l.n. 118/2022, il legislatore statale è stato in ogni caso categorico nello stabilire che l’affidamento delle concessioni demaniali marittime deve comunque avvenire “sulla base di procedure selettive, nel rispetto

dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e adeguata pubblicità”.

[4] Esamina criticamente il tema del sempre più frequente ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte del giudice amministrativo, indagando sugli eventuali limiti all'obbligo del g.a. di effettuare il rinvio ogniqualvolta gli venga prospettato *ex parte* M.A. Sandulli, *Rinvio pregiudiziale e giustizia amministrativa: i più recenti sviluppi*, in questa *Rivista*, 2022.

[5] Per un commento all'ordinanza del T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 11 maggio 2022, n. 743 v. M. Timo, *Le proroghe ex lege delle concessioni “balneari” alla Corte di Giustizia: andata e ritorno di un istituto controverso*, in questa *Rivista*, e R. Dipace, *Concessioni “balneari” e la persistente necessità della pronuncia della Corte di Giustizia*, in questa *Rivista*, il quale – nell'affermare la non condivisibilità di alcuni passaggi argomentativi delle decisioni gemelle dell'Adunanza Plenaria, in quanto fondate su elementi meramente presuntivi – osserva come “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 pronunciamiento della Corte di giustizia sia quanto mai attuale oltreché opportuno”. Il giudice pugliese si era già in passato espresso (in maniera invero isolata) sul carattere non *self-executing* della direttiva 2006/123/CE: cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 1 febbraio 2021, n. 164; Id., 15 febbraio 2021, n. 263, per le quali si rinvia alle osservazioni critiche di E. Chiti, *False piste: il TAR Lecce e le concessioni demaniali marittime*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2021, 801 ss.

[6] Ai sensi dell'art. 1, co. 251 e 252 della l. n. 296/2006 (Finanziaria 2007), i criteri di calcolo dei canoni concessori hanno subito una rimodulazione, in base alla quale, accanto al valore tabellare dell'area, è prevista una quota commisurata al valore di mercato dei manufatti destinati ad attività commerciali, terziario-direzionali e di produzione di beni e servizi.

[7] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2018, n. 5556, in www.giustizia-amministrativa.it.

[8] Cfr. T.A.R. Toscana, sez. III, 30 gennaio 2012, n. 224, in *Foro amm. TAR*, 1/2012, 129.

[9] Cass. civ., sez. un., 13 febbraio 1997, n. 132.

[10] M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2020, 1071.

[11] Cfr. la Circolare MIT, 24 maggio 2001, n. 120 e la Circolare prot. 2007/62/DAO del 21 gennaio 2007 dell'Agenzia del Demanio.

[12] Cass. civ., sez. I, 22 ottobre 2009, n. 22441.

[13] Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2010, n. 3348, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2010, I, 1623.

[14] Cfr. le proroghe *ex lege* introdotte negli ultimi quindici anni: art. 1, co. 253, l. n. 296/2007 (prima proroga di venti anni); art. 34 d.l. n. 179/2012 (proroga al 2020); art. 1, co. 682, l. n. 145/2018 (proroga al 2033).

[15] T.A.R. Campania, Salerno, sez. III, 21 gennaio 2022, n. 176, in *Foro amm.*, 1/2022, 139; Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6852, in *Foro amm.*, 12/2018, 2161.

[16] Sul punto, da ultimo, è d'obbligo il richiamo al PNRR, ove – nell'ambito delle azioni da intraprendere al fine di incrementare il livello di semplificazione nel settore dei contratti pubblici – è indicato il “tendenziale divieto di clausole di proroga e di rinnovo automatico nei contratti di concessione” (p. 70). In generale, sugli effetti che la valorizzazione del principio della concorrenza presente all'interno del PNRR è destinata a produrre nel settore delle concessioni demaniali marittime si rinvia a E. Amante, *PNRR e concorrenza nelle concessioni di beni demaniali: sunt facta verbis difficiliora*, in *Riv. giur. urbanistica*, 4/2021, 1116 ss.

[17] Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2010, n. 7505, in *Riv. giur. edilizia*, 1/2011, 228; Cass. civ., sez. III, 24 marzo 2004, n. 5842, in *Foro amm. CDS*, 2004, 682; Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2000, n. 2035, in *Riv. giur. edilizia*, 2000, I, 656; Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 1995, n. 365, in *Foro amm.*, 1995, 987.

[18] Di recente, in termini, cfr. T.A.R. Toscana, sez. III, 10 marzo 2021, n. 380 e Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6850, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

[19] Cons. Stato, sez. IV, 13 febbraio 2020, n.1146, in www.giustizia-amministrativa.it. In termini cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6043, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2019, I, 1348; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 6 giugno 2017, n. 3018,

in *Foro amm.*, 6/2017, 1406; Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1307, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 626, in *Foro amm. CDS*, 2/2013, 491; Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2010, n. 3348, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2010, I, 1623; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 31 gennaio 2008, n. 100, in *Foro amm. TAR*, 1/2008, I, 223.

[20] “Una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede una proroga ex lege della data di scadenza delle autorizzazioni equivale a un loro rinnovo automatico, che è escluso dai termini stessi dell’articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123” (Corte Giust. UE, C-458/14 e C-67/15, 14 luglio 2016, *Promoimpresa Srl c. Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro, Regione Lombardia; Mario Melis e altri c. Comune di Loiri Porto San Paolo, Provincia di Olbia Tempio*).

[21] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2018, n. 5556, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 28 settembre 2012, n. 5123, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2012, 1184.

[22] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 729, in *Foro amm.*, 2/2017, 317; Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2010, n. 7505, in *Riv. giur. edilizia*, 1/2011, 228.

[23] Cfr. Corte cost., 27 gennaio 2017, n. 29.

[24] E. Sartor, *L’acquisizione di opere inamovibili da parte della pubblica amministrazione ex art. 49 c. nav.: un’inversione di rotta del Consiglio di Stato*, in *Dir. trasporti*, 4/2014, 573.

[25] Cass. civ., sez. VI, 18 febbraio 2014, n. 3761. La correttezza di tale ricostruzione trova, altresì, diretta conferma in quelle disposizioni del Codice della navigazione che consentono al concessionario di atteggiarsi rispetto ai terzi in qualità di titolare del bene, ad esempio costituendo ipoteca (art. 41), affidando ad altri la gestione dell’attività (art. 45-bis) o, addirittura, vendendo il manufatto (art. 46), fatta salva la necessità del previo gradimento da parte dell’ente concedente, giustificato in ragione della natura fiduciaria del rapporto concessorio. Sul punto v. F. Fracchia, *Concessione amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, I, Milano, 2007, 250 ss.

[26] Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2022, n. 229, in *Riv. giur. edilizia*, 1/2022, 227.

[27] Parla di “esproprio larvato” G. Morbidelli, *Sulla incostituzionalità dell’art. 49 cod. nav.*, in D. Granara (a cura di), *In litore maris: poteri e diritti in fronte al mare*, Torino 2019, 189.

[28] Corte Giust. UE, 28 gennaio 2016, causa C-375/14.

[29] M. Rospì, *Il nuovo assetto costituzionale della materia di giochi e scommesse tra competenza dello Stato e competenza delle Regioni e degli altri Enti locali alla luce del principio di proporzionalità*, in *Federalismi.it*, 2020, 171 ss.

[30] T.A.R. Toscana, sez. III, 10 marzo 2021, n. 380, in www.giustizia-amministrativa.it.

[31] T.A.R. Liguria, sez. I, 18 febbraio 2020, n. 133, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si argomenta ulteriormente, attribuendo all’art. 49 cod. nav. la natura di norma “avente carattere suppletivo perché interviene, con la disciplina contestata, solo laddove le parti non abbiano concordato diversamente, esclusivamente in tal caso imponendo, quindi, una soluzione che, proprio per la sua residualità, non risulta irragionevole, perché dettata a tutela dell’interesse pubblico senza distinguere tra miglioramenti e mere addizioni e valorizzando l’eventuale interesse al mantenimento delle opere senza alcun costo per la P.A.”.

[32] Cons. Stato, sez. VII, 28 ottobre 2022, n. 9328, in www.giustizia-amministrativa.it.

[33] In termini T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 10 settembre 2020, n. 570, in *Foro amm.*, 9/2020, 1745.

[34] M. Timo, *Le proroghe ex lege delle concessioni “balneari” alla Corte di Giustizia: andata e ritorno di un istituto controverso*, in questa *Rivista*, 13.

[35] In tema di legittimo affidamento nel settore delle concessioni demaniali turistico-ricreative v. M. Magri, «*Direttiva Bolkestein e legittimo affidamento dell’impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di Giustizia Ue*», in *Riv. giur. edilizia*, 4/2016, 359 ss.

[36] Da ultimo, si interroga se l'automatica applicazione dell'art. 49 cod. nav. "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", T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 11 maggio 2022, n. 743, cit.

[37] Su tale ultimo punto, invero, di recente il Consiglio di Stato ha escluso la possibilità che il concessionario possa invocare l'applicazione dell'art.2041 c.c. (*Azione generale di arricchimento*), in quanto difetterebbe l'elemento della residualità. "Il ricorso all'azione generale di indebito arricchimento è consentito, per costante giurisprudenza, soltanto a condizione che la parte interessata non abbia a sua disposizione un'azione titolata [...] Nel caso in esame, il rapporto tra l'Amministrazione e l'appellante è regolato da una concessione demaniale marittima che, in quanto tale, soggiace alla disciplina di cui all'art.49 cod. nav. e, quindi, alla libera scelta delle parti di concordare o meno un indennizzo per le opere non amovibili presenti sul bene demaniale alla scadenza della concessione stessa. Il che esclude la possibile applicazione dell'art.2041 c.c., in quanto norma sussidiaria applicabile soltanto quando non lo sia altra disposizione" (Cons. Stato, Sez. VII, 28 ottobre 2022, n. 9328, in www.giustizia-amministrativa.it).

[38] C. Burelli, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli "comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2/2021, 247 ss., osserva che la durata delle concessioni "dovrebbe individuarsi in misura differenziata e proporzionata all'entità e alla rilevanza economica degli investimenti e delle opere che devono essere realizzate dal concessionario", 278.

[39] E. Zampetti, *La proroga delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza. Osservazioni a margine delle recenti decisioni dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. e società*, 3/2021, 515.

[40] In tal senso sembra essere orientato il legislatore laddove, tra i criteri individuati nella delega al Governo in materia di affidamento delle concessioni demaniali marittime (l.n. 118/2022, art. 4), contempla la "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 dall'ente concedente".

[41] Tale ricostruzione si ricava, tra l'altro, anche dalla stessa sentenza *Laezza* (Corte Giust. UE, 28 gennaio 2016, causa C-375/14), cui sembrano fare riferimento anche le Plenarie nn. 17 e 18 del 2021. In tal senso v. F. Ferraro, *Diritto dell'Unione Europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, in *Dir. e società*, 3/2021, 359 ss.

[42] "Sicché l'assenza di indennizzo non solo determina un pregiudizio per l'*incumbent*, ma o riduce la platea dei concorrenti per la considerazione che i loro investimenti non avranno alcun riconoscimento, oppure riduce al minimo gli investimenti dei subentranti, in entrambi i casi con conseguenze anticompetitive", G. Morbidelli, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, in *Dir. e società*, 3/2021, 394.

[43] La giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni evidenziato come la disciplina dell'accessione gratuita risulti "fortemente penalizzante" per i concessionari, a fronte degli "investimenti, che potrebbero contribuire alla valorizzazione del demanio marittimo" (Cons. Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 626, in *Foro amm. CDS*, 2/2013, 491).

[44] Sul punto sia consentito rinviare a M. Calabrò, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*, in *Dir. e società*, 3/2021, 470.

[45] G. Morbidelli, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, cit., 395-396.

[46] Per un primo commento al nuovo panorama normativo che emerge dalla legge delega n. 118/2022 v. C. Volpe, *Le concessioni demaniali marittime: una fine o un inizio? Correzioni di rotta e nuovi approdi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022

[47] M. Gola, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le "concessioni balneari": si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?*, in *Dir. e società*, 3/2021, 414-415. L'autrice, nel soffermarsi sulle diverse peculiarità che connotano la dimensione economica delle attività legate alla gestione di un bene demaniale marittimo, parla di un vero e proprio "conflitto interno" che viene a crearsi tra obiettivi europei: "da un lato, l'apertura del mercato, cardine essenziale sin dall'origine per le Istituzioni europee, dall'altro lato la tutela di quella che è una delle caratteristiche proprie del mercato stesso, particolarmente evidente in Italia, data dalla natura familiare della gran parte del sistema imprenditoriale balneare, riscontrabile con evidenza nel segmento del turismo balneare", 412.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, maggio – giugno 2023

Funzione del parere di compatibilità paesaggistica e sindacabilità degli atti finalizzati alla tutela ambientale (nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 21 marzo 2023, n. 2836)

di Stefania Caggegi

Sommario: 1.- Premessa; 2.- Il parere di compatibilità paesaggistica nella disciplina dell'art. 146 l. 42/2004; 2.1.- (segue) Natura e funzione del parere. Il punto del Consiglio di Stato; 3.- Sindacabilità delle valutazioni espresse nel procedimento autorizzativo; 3.1.- (segue) il punto del Consiglio di Stato.

1. Premessa.

La pronuncia in commento offre un quadro di sintesi delle questioni che vengono in rilievo nell'ambito del complesso procedimento finalizzato al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, come disciplinato dal Codice dei beni culturali e del paesaggio [1].

La vicenda trae origine dal progetto presentato da una società agricola al Comune di Capestrano per la realizzazione di una struttura di produzione e trasformazione vitivinicola. Il Comune, in prima battuta, esprimeva parere favorevole sotto il profilo paesaggistico e trasmetteva lo stesso alla Soprintendenza, la quale - dopo aver richiesto e ottenuto l'attivazione del tavolo al Direttore Generale - esprimeva parere negativo ed a questo seguiva poi il diniego definitivo al rilascio del permesso di costruire.

Gli atti venivano impugnati dinanzi al Tar Abruzzo n. 365/2020 che, accertando la legittimità dell'operato delle amministrazioni coinvolte, lo respingeva. Il Consiglio di Stato, investito

della questione confermava le statuizioni del Tar, richiamando principi ormai pacificamente riconosciuti dalla giurisprudenza.

In particolare, nella decisione in commento il Consiglio di Stato rinvia alla casistica relativa: al silenzio assenso, al parere tardivo, all'ambito delle valutazioni da parte della Soprintendenza (limitatamente agli aspetti paesaggistici e archeologici), ai rapporti coi titoli edilizi, alla tutela delle identità tradizionali e culturali delle popolazioni locali [2].

Delineando, così, un quadro generale della disciplina e della giurisprudenza afferenti il procedimento di autorizzazione paesaggistica, la sentenza offre interessanti spunti di riflessione, tra gli altri, sulla natura e valenza del parere espresso dalla Soprintendenza, sulla discrezionalità che contraddistingue l'esercizio dei suoi poteri in tale ambito e sulla conseguente sindacabilità di detti poteri e più in generale degli atti che afferiscono la tutela ambientale.

Ed è proprio su tale aspetto che nel presente scritto ci si concentrerà, tentando di delineare, seppur sinteticamente, la disciplina del procedimento autorizzativo con particolare riguardo alla natura e funzione del parere di compatibilità paesaggistica e alla sua sindacabilità in sede giudiziale, attraverso i richiami operati dal Consiglio di Stato e gli arresti della giurisprudenza precedente, alla quale la pronuncia in commento mostra di conformarsi.

2. Il parere di compatibilità paesaggistica nella disciplina dell'art. 146 l. 42/2004.

Il Codice dei Beni culturali e del paesaggio, nel disciplinare il procedimento finalizzato al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, stabilisce - all'art. 146, comma 5 - che *“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”*, specificando che tale parere, reso all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte secondo quanto disposto dalla normativa di riferimento, 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 45 giorni decorrente dalla ricezione degli atti.

Al fine di delineare l'oggetto di valutazione sul quale la Soprintendenza deve esprimere parere il legislatore, al comma 8 del Codice, chiarisce che questo è limitato alla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso ed alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico ovvero alla specifica disciplina di cui all'articolo 140, comma 2.

Si tratta, dunque, di un atto a contenuto decisorio e di un giudizio di merito tecnico-discrezionale.

L'amministrazione precedente non può disattenderlo, salva l'ipotesi in cui risulti che il parere sia stato reso sulla base di atti o fatti palesemente erronei o travisati, quindi, è stato notato come, in buona sostanza, l'atto autorizzativo venga deciso sostanzialmente nel suo contenuto dalla Soprintendenza ma formalmente imputato all'ente subdelegato, solitamente il Comune [3].

Al comma 9 si afferma che “*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*”[4].

2.1 (segue) Natura e funzione del parere. Il punto del Consiglio di Stato.

La Soprintendenza, nell'ambito del procedimento autorizzativo in analisi, svolge una funzione consultiva. È lo stesso legislatore a definire il parere di compatibilità paesaggistica “obbligatorio non vincolante”.

Come è noto, l'attività consultiva della pubblica amministrazione, che si caratterizza per l'essere esercitata da organi amministrativi cui è stata attribuita la relativa funzione di rendere consulenza ad altri organi o enti pubblici [5], ha valenza eminentemente preparatoria della decisione finale [6].

In ragione di ciò, generalmente l'atto consultivo consegue ad una espressa richiesta da parte dell'organo decidente, connotandosi così quale «attività su impulso, che non si mette in moto da sola» [7].

Questo particolare tipo di attività amministrativa si concretizza con l'adozione di pareri [8] che ne costituiscono il *proprium* [9].

Essendone la manifestazione concreta i pareri sono caratterizzati dalle medesime peculiarità proprie dell'attività consultiva, ovvero sono resi in sede endoprocedimentale, su richiesta, hanno natura preparatoria ed, in linea generale, sono carenti di autonomia funzionale [10] e quindi non direttamente lesivi.

I pareri sono generalmente classificati [11] dal punto di vista dell'oggetto in pareri di legittimità, di opportunità e tecnici; del regime giuridico in relazione alla loro acquisizione in obbligatori e facoltativi [12]; dell'efficacia in: conformi, quando l'organo di amministrazione attiva ha il dovere di richiederli, potendo però decidere se provvedere o meno, ma se sceglie di provvedere deve farlo uniformandosi al contenuto del parere; vincolanti, ovvero i parere obbligatori cui l'amministrazione decidente deve uniformarsi, a meno di motivarne l'illegittimità; semivincolanti, ovvero quando l'organo di amministrazione attiva può adottare un provvedimento difforme solo in una determinata direzione o con un determinato procedimento [13].

Il parere di compatibilità paesaggistica rientra, come è agevole comprendere, tra i pareri a contenuto tecnico, in ragione della specificità della materia su cui deve esprimersi. Ed è qualificato dallo stesso legislatore obbligatorio non vincolante.

La sua acquisizione è prescritta dalla legge a pena di illegittimità del provvedimento finale. Una volta ottenuto il parere, la pubblica amministrazione che ha dovuto richiederlo può essere o meno costretta a conformarsi al contenuto dell'atto consultivo, anche se la possibilità di discostarsene costituisce – invero - un'eccezione, infatti, in tal caso l'ente sarà tenuto a motivare in ordine alle ragioni che hanno determinato la decisione non conforme. Nello specifico, il parere di cui sopra rientra tra quelli non vincolanti, il che significa – come detto – che non vincola l'amministrazione alla decisione conforme.

La giurisprudenza ha sottolineato più volte che, con l'entrata in vigore nel 2010 dell'art. 146 cit., la Soprintendenza esercita, non più un sindacato di legittimità *ex post* sulla autorizzazione già rilasciata dalla regione o dall'ente delegato, con il correlativo potere di annullamento, ma un potere che consente di effettuare *ex ante* valutazioni di merito amministrativo, con poteri di cogestione del vincolo paesaggistico [14]. Per tale via, la sua funzione, benché consultiva, assume valenza, in sostanza, di tipo co-decisionale regionale e statale della tutela paesaggistica delle aree soggetta a tutela [15].

Nella pronuncia in commento il Consiglio di Stato, richiamando un orientamento consolidato ed in linea con le definizioni generali proprie dell'attività consultiva della pubblica amministrazione, ci dice che il parere in questione costituisce un atto endoprocedimentale emanato nell'ambito di quella sequenza di atti ed attività preordinata al rilascio del provvedimento di autorizzazione paesaggistica (o del suo diniego) e che le valutazioni in esso espresse sono finalizzate all'apprezzamento dei profili di tutela paesaggistica che si consolideranno, all'esito del procedimento, nel provvedimento di autorizzazione o di diniego di autorizzazione paesaggistica.

In merito alla sua efficacia, i Giudici di Palazzo Spada specificano che, nell'ipotesi di decorso del termine stabilito dalla legge senza che la Soprintendenza abbia espresso il parere di che trattasi, non può escludersi in radice la possibilità per l'organo statale di rendere comunque un parere in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento, fermo restando che, nei casi in cui vi sia stato il superamento del termine, il parere perde il suo carattere di vincolatività e deve essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione deputata all'adozione dell'atto autorizzatorio finale [16].

3. Sindacabilità delle valutazioni espresse nel procedimento autorizzativo.

L'attività consultiva che svolge la Soprintendenza nell'ambito del procedimento autorizzativo, si caratterizza per essere - come del resto tutta l'attività consultiva della pubblica amministrazione - ausiliaria rispetto ad altre attività amministrative volte all'assunzione di decisioni [17].

Nel caso specifico, come detto, si tratta valutazioni tecniche che incidono sul principio, oggi costituzionalmente garantito in modo espresso, della tutela ambientale. Dunque, la sua funzione, che - come in tutti gli altri casi in cui si esprimono organi consultivi - è strumentale

a salvaguardare la qualità delle decisioni amministrative [18], assume nel procedimento autorizzativo una pregnanza particolare, soprattutto con riguardo al bilanciamento degli interessi in gioco.

Si è già detto che, nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, la Soprintendenza effettua *ex ante* valutazioni di “merito amministrativo”, con poteri di cogestione del vincolo paesaggistico. Si tratta, pertanto, di un giudizio connotato da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, poiché implica l'applicazione di cognizioni tecniche specialistiche proprie dei vari settori scientifici di riferimento [19].

In generale l'attività tecnico discrezionale è stata considerata come un'attività di valutazione della sussistenza in concreto dell'interesse pubblico tutelato dalla norma, che si traduce in una valutazione sul merito dell'azione amministrativa o cui si correlano situazioni soggettive tutelate come interessi legittimi [20].

L'apprezzamento così compiuto dall'amministrazione competente è quindi sindacabile, in sede giudiziale, esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, ma fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché, in sede di giurisdizione di legittimità, può essere censurata la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il sindacato giudiziale non divenga sostitutivo di quello dell'amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile [21].

Del resto, non sarebbe ammissibile la surrogazione delle valutazioni tecniche spettanti alle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente, del patrimonio paesaggistico e territoriale, nonché della salute dei cittadini [22].

3.1. (segue) il punto del Consiglio di Stato.

Nella decisione in commento il Consiglio di Stato ribadisce che la Soprintendenza esercita un potere discrezionale nell'elaborazione del parere di compatibilità paesaggistica, che non può dunque essere sindacato nel merito.

Nell'affermare questo principio, i Giudici colgono l'occasione per rammentare che nel caso di valutazioni dei fatti complessi richiedenti particolari competenze (e quindi nelle ipotesi in cui i poteri dell'amministrazione siano caratterizzati dalla c.d. «discrezionalità tecnica»), difettando parametri normativi a priori che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice “*non deduce ma valuta*” se la decisione pubblica rientri o meno nella gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto.

Per tale via, concludono che, ove l'interessato non ottemperi all'onere di mettere in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica della valutazione amministrativa e si fronteggino, quindi, opinioni divergenti parimenti plausibili, il giudice dovrà far prevalere la

posizione espressa dall'organo istituzionalmente competente ad adottare la decisione collettiva, rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato.

Nell'affermare ciò, il Consiglio di Stato richiama il contenuto di una sua recente pronuncia [23], nell'ambito della quale viene affermato che la necessità del bilanciamento degli interessi in gioco diviene maggiore quando confligge l'interesse alla tutela dell'ambiente con quello alla tutela del paesaggio, soprattutto in ragione del fatto che, ad oggi, non può più essere sottovalutato che il nuovo testo dell'art. 9 Cost., come novellato dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, depona nel senso della maggiore, e non minore, tutela dei valori ambientali e paesaggistici nell'ottica della salvaguardia delle generazioni future e dello sviluppo sostenibile.

In particolare, è stato anche in precedenza affermato che alla funzione di tutela del paesaggio è estranea ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione. L'intervento progettato, infatti, viene messo in relazione con i valori protetti ai fini della valutazione tecnica della sua compatibilità con il tutelato interesse pubblico paesaggistico, valutazione che è istituzionalmente finalizzata a evitare che sopravvengano alterazioni inaccettabili del preesistente valore protetto [24].

A confutazione di qualunque dubbio possa sorgere in merito al suddetto orientamento che afferma, allo stato, una sorta di prevalenza dell'opinione dell'amministrazione nel caso in cui venga in rilievo la materia della tutela ambientale è lo stesso Giudice a specificare che *“non si tratta di garantire all'Amministrazione un privilegio di insindacabilità (che sarebbe contrastante con il principio del giusto processo), ma di dare seguito, sul piano del processo, alla scelta legislativa di non disciplinare il conflitto di interessi ma di apprestare solo i modi e i procedimenti per la sua risoluzione”*.

[1] Per un inquadramento generale della materia si veda: Codice dei beni culturali e del paesaggio, (a cura di) M.A. Sandulli, Milano, 2019, 1161 ss.; P. Marzaro, La “cura” ovvero “l'Amministrazione del paesaggio”: livelli, poteri e rapporti tra Enti nella riforma del 2008 del Codice Urbani (dalla concorrenza dei poteri alla paralisi dei poteri?), in Riv. giur. urb., 2008, 4, 416 ss.; G. Mastronardo, Valore del paesaggio, in A. Angiuli, V. Caputi Iambrenghi (a cura di), Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio, 2005, 344 ss.;

[2] Cons. Stato, sez. IV, n. 563 del 2022, n. 181 del 2022, n. 941 del 2021, n. 4765 del 2020, n. 3170 del 2020. Nello specifico sulla questione del silenzio assenso si veda da ultimo: S. SPERANZA, “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)”, in giustiziainsieme.it, Diritto e Processo Amministrativo, 3.11.2022; precedente: G. DELLE CAVE, Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A.: un connubio (im)possibile? competenze procedurali e portata applicativa dell'art. 17 bis l. n. 241/1990 (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640), in giustiziainsieme.it, Diritto e processo amministrativo, 06.07.2021.

[3] A. Berlucchi, Il parere tardivo espresso dalla soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici ex art. 146 d. lgs. n. 2004/42: spunti di riflessione, in Riv. giur. ed., 2017, 1, 130 ss.

[4] Articolo così modificato dal D.L. 133/2014, c.d. “Sblocca Italia”. La versione antecedente prevedeva la possibilità per l'amministrazione competente di indire una conferenza di servizi che avrebbe dovuto pronunciarsi nel termine “perentorio”

di quindici giorni. In ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente, l'amministrazione competente provvedeva sulla domanda di autorizzazione.

[5] Si veda in tal senso, per tutti, V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2018, 335.

[6] In questo senso si esprime, a proposito dei pareri, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, I, 63919.

[7] C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, 2002, 20 ss.

[8] Per una ricostruzione storica della categoria dei pareri: Sandulli, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, Milano, II, 2000, 1015 ss; A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 615 ss.

[9] M. Occhiena, N. Posteraro, "Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva", ne "Il diritto dell'economia" issn 1123-3036, anno 65, n. 100 (3 2019), pp. 27-62.

[10] Su questo aspetto si veda A. Corsaro, *L'attività consultiva e le valutazioni tecniche*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa. Atti del Convegno di Catania dell'11-12 novembre 2005*, Catania, 2006, 113 e ss.

[11] M. Occhiena, N. Posteraro, "Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva" op. cit.

[12] Classificazione espressamente contemplata dal legislatore ai primi due commi dell'art. 16, legge 241/1990, come modificati dall'art. 8, della legge 18 giugno 2009, n. 69

[13] P. Virga, *Diritto amministrativo. 2. Atti e ricorsi*, Milano, 1999, 29. Invero a tale categoria, abrogata dalla l. 69/2009, veniva ricondotta l'ipotesi di cui all'art. 14, comma 1, d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199, relativa al parere del Consiglio di Stato nel procedimento di decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, che poteva essere disatteso mediante deliberazione del Consiglio dei Ministri.

[14] cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2019, n. 3870.

[15] In tal senso Cons. Stato, sez. VI, 04 giugno 2015, n. 2751, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 4, 768 ss.

[16] in linea con questo principio il Consiglio di Stato richiama giurisprudenza precedente: ex plurimis, Cons. Stato, sez. VI, n. 2136 del 27 aprile 2015; n. 4927 del 28 ottobre 2015; in termini da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 2021, n. 941

[17] D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005, 193

[18] V. Parisio, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 804. In giurisprudenza, così si esprimono, tra gli altri: T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 4 giugno 2015 n. 1261, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 2 febbraio 2011, n. 224, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 18 marzo 2011 n. 440 e T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 giugno 2009 n. 448

[19] In proposito si veda G. Sigismondi, *Valutazione paesaggistica e discrezionalità tecnica: il Consiglio di Stato pone alcuni punti fermi*, in *Aedon.it*, n. 3, 2016, issn 1127-1345

[20] In questo senso F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2008, pag. 791.

[21] T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 24 dicembre 2007 n. 398

[22] Tar Calabria - Catanzaro, 05 settembre 2022 n. 1497.

[23] CdS sez VI 23.09.2022 n. 8167. Per un'analisi critica si veda: G. Severini e P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *giustiziainsieme.it*, 22 settembre 2021.

[24] In questo senso già Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, maggio – giugno 2023

Verificazione e consulenza tecnica nel processo amministrativo (nota a Cons. Stato 24 marzo 2023 n.3025)

di Vincenza Caracciolo La Grotteria

Sommario: 1. La vicenda processuale. 2. I presupposti per disporre la verificazione e la consulenza tecnica: necessarietà e indispensabilità nella ricerca della prova. 3. Natura e scopo della verificazione e della consulenza tecnica d'ufficio. 4. Note conclusive.

1. La vicenda processuale.

I poteri istruttori del giudice amministrativo sono, ancora una volta, oggetto di attenzione da parte del Consiglio di Stato che, con sentenza 24 marzo 2023 n. 3025, nel risolvere la controversia concernente la demolizione di un manufatto abusivo, ha delineato alcuni principii in ordine alla funzione svolta dalla verificazione e dalla consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo.

La controversia che ha determinato la decisione del Consiglio di Stato è sorta a seguito della presentazione di una SCIA, ai sensi dell'art. 23 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, finalizzata alla ristrutturazione di un appartamento sito nel Comune di Ruvo di Puglia. Durante l'istruttoria del procedimento, il Comune ha disposto un sopralluogo accertando, dal confronto tra lo stato dei luoghi e le tavole progettuali allegate alla SCIA, che l'intero immobile era già stato oggetto di interventi di ristrutturazione edilizia che avevano riguardato la diversa disposizione degli spazi interni, le variazioni prospettiche ed alcune opere in cemento armato, nonché l'esistenza di cinque locali in muratura del tutto privi di titolo abilitativo.

Sulla base del predetto accertamento, il Comune ha adottato una ordinanza di demolizione del manufatto rispetto al quale era stata presentata la SCIA, e degli altri cinque immobili ritenuti abusivi. In particolare, il Comune ha ritenuto che, per la realizzazione di tali cinque unità immobiliari che ricadono all'interno del centro abitato di cui alla legge n.1150/1942 (che definisce centro abitato la "situazione di fatto costituita dalla presenza di un aggregato di case continue e vicine, anche distante dal centro"), fosse necessario ottenere il preventivo rilascio del permesso di costruire (licenza edilizia al tempo della edificazione).

Avverso tale ordinanza i proprietari degli immobili hanno proposto ricorso innanzi al Tar Puglia che, stante la natura tecnico-discrezionale della decisione del Comune, ha disposto verifica (con ordinanza istruttoria n. 836/2020) al fine di accertare se le opere oggetto dell'ordinanza di demolizione: 1) siano state realizzate antecedentemente all'anno 1967; 2) siano conformi alle prescrizioni urbanistico-edilizie vigenti al momento della loro realizzazione; 3) siano state costruite in area già ricompresa, all'atto della loro realizzazione, nel centro abitato. Il Collegio ha specificato che il verificatore potesse accertare l'epoca di realizzazione degli immobili con "qualsiasi mezzo ritenuto utile" e che potesse "valutare e accertare eventuali ulteriori elementi ritenuti utili ai fini della definizione della controversia".

Accolto il ricorso in primo grado, la controversia è stata sottoposta all'attenzione del Consiglio di Stato, su appello dell'amministrazione che ha censurato l'operato del TAR con una serie di motivi concernenti l'attività compiuta dal verificatore e la decisione del collegio di fare proprie le conclusioni contenute nella verifica.

In particolare, secondo gli appellanti, il verificatore non avrebbe accertato se le opere fossero state realizzate prima del 1967, esprimendo, piuttosto, la valutazione secondo cui sarebbe verosimile che la costruzione sia stata compiuta prima del 1967 e quindi prima dell'entrata in vigore della disciplina che impone la preventiva autorizzazione edilizia per l'edificazione nelle aree extraurbane. Tale valutazione discenderebbe da considerazioni svolte a seguito di esame di rilievi fotografici risalenti a 13 anni prima rispetto all'epoca della loro presumibile realizzazione.

Inoltre, il TAR avrebbe deciso facendo proprie le deduzioni del verificatore anche per ciò che riguarda la collocazione degli immobili in area esterna al centro abitato, senza tenere in considerazione la posizione del Comune che aveva considerato gli immobili all'interno del centro abitato, alla luce della definizione di "centro abitato" fornita dall'art. 31 della legge n. 1150/1942, inteso come "situazione di fatto costituita dalla presenza di un aggregato di case continue e vicine, anche distante dal centro".

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello, con una sentenza di particolare interesse, soprattutto per le statuizioni concernenti i poteri del verificatore e la relazione tra consulenza tecnica e verifica.

2. I presupposti per disporre la verifica e la consulenza tecnica: necessità e indispensabilità nella ricerca della prova.

La verifica va annoverata fra i mezzi di prova ammessi nel giudizio di legittimità e si concreta in un'indagine tecnica finalizzata a far conoscere al giudice i fatti posti a base del ricorso[1]. Tale strumento di indagine è considerato un mezzo di prova a contenuto indeterminato, in quanto può tradursi in ispezioni, sopralluoghi, accertamenti tecnici, acquisizione di testimonianze o documenti, finalizzati a fornire tutta una serie di elementi probatori, assimilabili a quelli di cui dispone il giudice civile.

Anteriormente all'entrata in vigore della l. 205/2000, il solo strumento idoneo ad accertare i fatti era costituito, nel giudizio di legittimità, dalla verifica. L'uso di tale strumento era regolamentato dall'art. 44 r.d. n. 1054 del 1924 e si traduceva nell'attività di verifica degli elementi tecnici che caratterizzano i fatti di causa, ma che il giudice non è, da solo, in grado di individuare e farne acquisizione in sede istruttoria ai fini dell'adottanda decisione[2].

Si tratta dello strumento istruttorio che più si avvicina alla consulenza tecnica d'ufficio[3], ma mentre la verifica, è un mero accertamento a carattere ricognitivo[4], diretto a completare la conoscenza di dati di fatto rilevanti per la decisione della controversia, la consulenza è una valutazione tecnica di situazioni dedotte dalle parti che si traduce in un apprezzamento da effettuare con l'impiego di nozioni specialistiche, al fine di accertare la sussistenza di vizi di carattere tecnico, in cui sia, eventualmente, incorsa l'attività dell'Amministrazione[5].

Ne deriva che il Giudice possa disporre la verifica o la consulenza tecnica a seconda delle esigenze istruttorie e processuali proprie di ciascuna controversia, tenendo conto delle specificità che connotano ciascuno dei due rimedi predetti.

A norma dell'art. 63, comma 4, c.p.a., il giudice amministrativo può disporre una verifica nel caso in cui reputi “necessario” l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche ovvero, “se indispensabile”, può disporre una consulenza tecnica.

L'esigenza di ricerca della prova legata a presupposti di necessità e indispensabilità non supera il tradizionale orientamento della giurisprudenza[6] secondo cui lo strumento di ricerca della prova può essere disposto solo nel caso in cui sia allegato dalle parti almeno un principio di prova[7]. Tuttavia, nel caso in cui il giudice amministrativo abbia ritenuto di dover disporre una verifica, alla luce dei presupposti di necessità, la sentenza in esame ha statuito che il giudicante può fare propri i contenuti della relazione conclusiva prodotta dal verificatore per acquisire i profili tecnici necessari per definire la controversia. Rientra, infatti, nel potere discrezionale del giudice[8] valutare l'esito della verifica e decidere di rinnovarla solo nel caso in cui la ritenga inadatta allo scopo per cui è stata disposta, perché viziata o errata[9]. Nel caso in esame, il Consiglio di Stato non ha ritenuto necessario alcun ulteriore approfondimento istruttorio, valutando sufficiente la documentazione prodotta nei due gradi di giudizio al fine di potere emettere la decisione[10].

Tale determinazione trova fondamento nei limiti del potere istruttorio in appello, che può essere esercitato solo nel caso di indispensabilità per la decisione e della impossibilità per le parti di dedurre elementi di prova nel giudizio di primo grado^[11].

Nel caso in esame, la verifica esperita durante il giudizio di primo grado ha consentito di accertare che i manufatti fossero stati realizzati al di fuori del centro abitato in quanto, in mancanza di un riscontro documentale e obiettivo, il Collegio ha ritenuto acclarato, in forza degli esiti della verifica svolta nel corso del giudizio di primo grado, che i manufatti in questione, realizzati in epoca antecedente rispetto al 1967, si trovassero in un'area non ancora urbanizzata (al tempo della edificazione) e dunque non potevano considerarsi costruiti nel "centro abitato".

3. Natura e scopo della verifica e della consulenza tecnica d'ufficio.

La dottrina e la giurisprudenza^[12] hanno assunto posizione concorde sulla diversa natura di consulenza tecnica e verifica, specificando che, mentre la verifica è un mezzo di prova volto ad accertare la sussistenza di una situazione di fatto, la consulenza tecnica, invece è uno strumento di valutazione della prova. Proprio la diversa natura tra i due mezzi determinava l'esigenza che il consulente tecnico d'ufficio fosse un terzo imparziale, mentre il verificatore, secondo la disciplina antecedente al codice del processo amministrativo, poteva essere un dipendente dell'amministrazione, parte in causa o di altra amministrazione. Di qui il paventato rischio di imparzialità del verificatore, sebbene questo non fosse però chiamato a valutare, ma solo ad accertare i fatti.

L'art. 19 cpa, dal titolo "consulente e verificatore", ha introdotto il principio della imparzialità del verificatore, prevedendo che il predetto incarico debba essere affidato a un organismo pubblico, estraneo alle parti del giudizio, munito di specifiche competenze tecniche. Tale organismo, secondo il dettato normativo (art. 63 comma 4), può essere investito nell'ipotesi in cui il giudice ritenga necessario "l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche".

Il ruolo di terzietà del verificatore si evince altresì dall'obbligo, in capo allo stesso, di "prestare il proprio ufficio" (senza prestare giuramento, tenuto conto che la norma non ne specifica le modalità) nonché dalla possibilità, per le parti in causa, di ricusare il verificatore ex art. 20 cpa^[13]. Tali elementi rendono il verificatore un soggetto terzo ed imparziale chiamato a prestare la sua opera al fine di "assistere" il giudice nell'iter decisorio, mediante l'azione compiuta non dall'amministrazione parte in causa, ma da un organismo diverso chiamato ad accertare la situazione fattuale per renderla disponibile alle necessità del giudicante.

Ne deriva che la differenza tra consulente e verificatore potrebbe essere venuta meno, tenuto conto che il verificatore deve essere terzo ed imparziale alla stregua del consulente tecnico, e che questi può anche essere un pubblico dipendente.

Altro aspetto che differenzia consulenza e verificaione è il tipo di indagine tecnica che può essere compiuta.

A differenza delle verificazioni, che sono dei meri accertamenti a carattere ricognitivo, diretti a completare la conoscenza di dati di fatto rilevanti per la decisione della controversia, la consulenza è una valutazione tecnica di situazioni dedotte dalle parti che si traduce in un apprezzamento da effettuare con l'impiego di nozioni specialistiche, al fine di accertare la sussistenza di vizi di carattere tecnico, incidenti sulla legittimità dell'operato dell'Amministrazione.

La dottrina più recente, nell'esaminare la disciplina contenuta nel codice del processo amministrativo, ritiene che la verificaione debba essere disposta nel caso in cui sia necessario accertare fatti che abbiano una connotazione tecnico-scientifica il cui accertamento comporti risultati certi e indubbi, mentre sia necessario disporre una CTU per accertare la plausibilità e non la veridicità dei fatti^[14]. Secondo tale interpretazione verificaione e consulenza tecnica avrebbero mantenuto la stessa funzione prevista dalla disciplina previgente al codice in quanto, anche in base alla disciplina più recente, la verificaione ha lo scopo di accertare il fatto mentre la consulenza ha il fine di valutarlo. Non sono mancati casi in cui il giudice amministrativo ha utilizzato, nello stesso giudizio, la verificaione per ciò che riguarda la sussunzione del fatto nella norma e la consulenza tecnica d'ufficio ai fini della ponderazione di interessi^[15].

La decisione in esame induce, tuttavia, a qualche riflessione in merito all'utilizzo, da parte del giudice amministrativo, della verificaione, in quanto alcuni quesiti posti al verificatore ne stimolano l'azione valutativa oltre a quella accertativa. Dall'esame della giurisprudenza emerge che se da una parte i giudici amministrativi danno corretta applicazione agli artt. 19 e 63 comma 4 cpa, preferendo la verificaione alla consulenza tecnica, alla quale il legislatore ha attribuito il presupposto della "indispensabilità", per altro verso tendono a considerare la verificaione alla stregua della consulenza, sia per la tipologia di attività che richiedono all'esperto, il quale spesso esplica attività di tipo valutativo, sia perché applicano i principi propri della consulenza tecnica alla verificaione.

Con la sentenza in commento il giudice, nell'esaminare l'istituto della verificaione, ha affermato espressamente che i principi in tema di consulenza tecnica d'ufficio possono estendersi alla verificaione, riprendendo l'orientamento espresso dalla terza sezione con la sentenza del 9 luglio 2021 n. 5238. Tale statuizione trova conferma nei quesiti posti al verificatore il quale, oltre ad accertare l'epoca di realizzazione e la zona territoriale in cui è stato edificato il manufatto, è stato chiamato a "valutare e accertare eventuali ulteriori elementi ritenuti utili ai fini della definizione della controversia".

4. Note conclusive

Il compimento di attività di tipo valutativo e la terzietà del verificatore, unitamente alla preferenza del legislatore verso l'utilizzo della verifica rispetto alla consulenza, potrebbe determinare l'assimilazione o sovrapposizione dei due strumenti tecnici, per cui il verificatore potrebbe accertare i fatti ed esprimere valutazioni tecniche, al fine di supportare il giudice nell'esercizio del sindacato pieno del potere tecnico- discrezionale dell'amministrazione. Va però evidenziata la carenza, nel procedimento di verifica, del contraddittorio con le parti in causa^[16] che nel caso in cui sia disposta una consulenza tecnica possono partecipare all'iter valutativo compiuto dall'ausiliario del giudice, mediante la nomina di consulenti di parte, aventi funzione di stimolo ad approfondire l'indagine valutativa e a integrare l'attività del consulente d'ufficio durante le operazioni peritali (ex art. 67 cpa)^[17]. Invece nell'ipotesi in cui sia nominato un verificatore, questo ha la possibilità di svolgere autonomamente l'incarico affidatogli dal Giudice, depositando l'elaborato conclusivo. Nel caso in esame la garanzia del contraddittorio avrebbe consentito alle parti di formulare osservazioni al tecnico durante l'attività valutativa senza dover poi ricorrere alla (rigettata) richiesta di nuovo accertamento del fatto in fase di appello.

La carenza di contraddittorio nell'attività di verifica trova giustificazione proprio nella natura meramente accertativa e non valutativa di tale mezzo di prova.

Ma, allorché la verifica venga utilizzata in sostituzione della consulenza tecnica, appare manifesta la non idoneità della prima a garantire l'effettività della tutela, mediante uno strumento tecnico idoneo a supportare il giudice nell'esercizio del sindacato giurisdizionale.

[1] A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 272; L. Giani, *La fase istruttoria*, in F. G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 418 ss. N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Napoli, 2018, 321 ss.; C. E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 211 ss.; C.E. Gallo, *I mezzi di prova e l'istruttoria*, in *Codice del processo amministrativo*, (D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104) a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma 2010; G. Corso voce *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 2003.

[2] L. Giani, *La fase istruttoria* cit., 441; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario; profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 127 ss. che considera la verifica assimilabile alla CTU o quanto meno utilizzabile dal giudice al fine di conoscere il fatto tecnico;

[3] M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. Tar* 2008, 3533; L. Giani, *La fase istruttoria* cit., 444. F. Cintioli, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica* in F. Caringella e M. Protto (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la l. 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2000. F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005.

[4] C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, 149 in giurisprudenza v. Cons. Stato, VI, 27 maggio 1991 n. 321 in Cons. Stato 1991, I, 1015, secondo cui le verificazioni "consistono in meri accertamenti disposti dal giudice amministrativo al fine di una migliore conoscenza dei fatti e si distinguono, pertanto dalle consulenze tecniche, in quanto queste ultime implicano valutazioni tecniche di situazioni rilevanti allo scopo della decisione della controversia...".

[5] Sia consentito rinviare a E. Caracciolo La Grotteria, *La consulenza tecnica e il sindacato giurisdizionale*, Napoli, 2008; E. Caracciolo La Grotteria, *Osservazioni sull'applicazione della consulenza tecnica di ufficio nel processo amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2004; G. Perulli, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, 2002.

[6] R. Villata, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 776-777 evidenzia che “ si rinvergono pronunce che ritengono sufficiente l’affermazione l’affermazione dell’esistenza di un fatto o addirittura la specificità della censura proposta, identificando quindi l’onere in parola con un mero onere di allegazione di fatti verosimiglianti e storicamente attendibili , ovvero con un onere di corretta formulazione del motivi del ricorso, dall’altro si legge ripetutamente affermato il diverso principio secondo cui è altresì necessario che il ricorrente fornisca pure sei e concreti elementi in ordine all’esattezza di quanto affermato”

[7] Sull’onere della prova si veda F. Saitta, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in www.giustam.it, n. 7/2012.

[8] Sul potere discrezionale del giudice amministrativo v. F. Saitta, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023.

[9] Tale principio è tratto dalla giurisprudenza civile in relazione alla consulenza tecnica d’ufficio, di vedano Cas. Civ., Sez. I, 16 dicembre 2020 n. 28716; Cass. civ., sez. lav., 1 ottobre 2019 n. 24487 e Cass. civ, Sez. II, 20 agosto 2019 n. 21525

[10] R. Villata, *op cit.*, 782-783

[11] A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, 331 secondo cui alla stregua dei limiti del potere istruttorio e dei *nova* in appello “l’appello al Consiglio di Stato si configura oggi più come un rimedio agli errori del giudice di prima grado, che come mezzo per ottenere un nuovo esame della controversia da parte die giudice di grado superiore.

[12] Cons. Stato, 25 febbraio 2016 n. 785

[13] Cons Stato, III, 9 luglio 2021 n. 5238

[14] G. Clemente di S. Luca, *Verificazione e consulenza tecnica d’ufficio nel quadro dei mezzi di prova esperibili nel processo amministrativo*, in *Dir e proc. amm.*, 3/2018, 777.

[15] G. Tropea, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: “relazione pericolosa” o “attraZIONE fatale”?* in *Dir. proc. amm.*, fasc.2, 2012, 71ss.

[16] E. Follieri, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 499, ss F.P. Luiso, *Il principio del contraddittorio e l’istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000; L. Migliorini, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, Napoli, 1996, 122; A. Caracciolo la Grotteria, *Parti e contraddittorio nel processo amministrativo in Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, 44 ss.; M. Sica, *Verificazioni e contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 216 ss.; F. Merusi, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1985.

[17] G. Clemente di S. Luca, *op. cit.*, 782

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2640 – 1 febbraio 2023

La tutela esecutiva per la decisione resa in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: gli ultimi sviluppi, tra evoluzione e arresti giurisprudenziali (nota a Consiglio di Stato, Sezione Prima, 28 febbraio 2022 n. 475)

di Silvia Casilli

Sommario: 1. Premessa: i fatti di causa e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Il *thema decidendum*: l'ottemperanza del decreto in accoglimento del parere interlocutorio del Consiglio di Stato – 2. Cenni diacronici sulla natura e *ratio* degli istituti in questione alla luce della progressiva giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario. Approdi in tema della sua compatibilità con il rimedio dell'ottemperanza. – 3. La pronuncia della Sezione Prima: le ragioni dell'inammissibilità della domanda e l'assenza della *potestas iudicandi* – 4. Osservazioni conclusive: è ravvisabile un *vulnus* nel principio di effettività della tutela?

1. Premessa: i fatti di causa e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Il *thema decidendum*: l'ottemperanza del decreto in accoglimento del parere interlocutorio del Consiglio di Stato.

Con l'Adunanza del 24 novembre 2021, n. 475/2022, la Sezione Prima del Consiglio di Stato si è pronunciata in tema di ottemperanza della decisione cautelare resa in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, discostandosi dalla posizione assunta dalla

Sezione Quinta[1] in sede giurisdizionale nel parallelo giudizio di ottemperanza ed affermando, al contrario, di non poter essere adita con il rimedio di cui agli artt. 112 ss. c.p.a.

La vicenda trae origine dal ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, con istanza di sospensiva, proposto ex art 11 d.P.R. n. 1199/1971 avverso la Nota del Dipartimento Politiche Abitative di Roma Capitale avente ad oggetto il “rifiuto dell’alloggio E.R.P.”[2], nonché avverso tutti gli atti lesivi, presupposti, sottesi e consequenziali, e volto ad ottenere, quale risarcimento in forma specifica del danno asseritamente subito dal ricorrente, il riconoscimento al diritto di ottenere l’assegnazione dell’alloggio E.R.P. Con motivi aggiunti, il ricorrente agiva poi per l’annullamento di una serie di verbali e Determine Dirigenziali emanate dall’amministrazione e relative alla pubblicazione e aggiornamento della graduatoria per l’assegnazione di alloggi, previa sospensiva, al fine di ottenere l’annullamento del primo dei provvedimenti impugnati, avente ad oggetto il rifiuto dell’alloggio.

In particolare, parte ricorrente deduceva, tra gli altri motivi di ricorso, la violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui all’art. 7 del bando E.R.P. 2012 di Roma Capitale, per non essere stato destinatario della diffida all’accettazione prevista dal menzionato articolo prima che fosse dichiarata la decadenza dei candidati. Il Comune, invece, riteneva direttamente accertata la rinuncia all’accettazione, con conseguente ricollocazione del ricorrente nella graduatoria dietro soggetti con nucleo familiare di minore consistenza.

Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, cui veniva trasmesso il ricorso, richiedeva, ex art. 11 d.P.R. n. 1199/1971, il parere del Consiglio di Stato che, con ordinanza del 20 marzo 2020, riscontrando nella procedura la carenza della diffida prescritta dall’art. 7 del Bando per l’assegnazione, accoglieva, con parere interlocutorio n. 754, la richiesta di sospensiva, disponendo il provvisorio reinserimento in graduatoria del ricorrente.

La difesa del ricorrente – non essendo stato questi ricontattato dal Comune di Roma per la scelta dell’alloggio, ed anzi essendo stata ripubblicata la graduatoria aggiornata nella quale risultava in posizione nettamente inferiore dietro soggetti con nucleo familiare inferiore ed in posizione peggiore rispetto a quella in un secondo momento assegnata dopo la comunicazione del rifiuto – instaurava parallelamente il giudizio ex artt. 114 ss. c.p.a. dinanzi la Sezione Quinta del Consiglio di Stato, cui chiedeva l’ottemperanza sia del detto parere n. 754/2020 della Sezione prima, che aveva accolto l’istanza cautelare di reinserimento in graduatoria, che del successivo parere 1582/2020, reso dalla Sezione Prima nell’adunanza del 14 ottobre 2020, nella parte in cui stabiliva che Roma Capitale avrebbe dovuto fornire preliminarmente al ricorrente, nel termine di trenta giorni, i nominativi e gli indirizzi dei soggetti ai quali erano stati assegnati gli alloggi originariamente previsti per l’assegnazione al ricorrente medesimo, beneficiari delle Determine dirigenziali oggetto di impugnativa.

Avendo il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale[3] dichiarato inammissibile il ricorso per l’ottemperanza per carenza di *potestas iudicandi*, specificando che “*spetta alla stessa sezione consultiva che ha emesso il parere verificare l’esecuzione dei propri pronunciamenti e individuare le misure più idonee in caso di inadempimento da parte dell’amministrazione*”, il ricorrente chiedeva alla Sezione Prima di dare ottemperanza al decreto direttoriale n. 71/2020 che ha accolto il parere n. 754/2020, nonché di applicarsi la penalità di mora ex art. 114 comma 4 lett. e) c.p.a. per i giorni di ritardo.

È su queste specifiche ed ultime richieste che la Sezione Prima, all'adunanza del 24 novembre 2021 in commento, si è pronunciata.

Il *thema decidendum* verte, dunque, sull'esecuzione, ai sensi degli artt. 112 ss. c.p.a., dell'ordinanza cautelare resa dal Consiglio di Stato in sede consultiva, nel parere espresso nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

2. Cenni diacronici sulla natura e *ratio* degli istituti in questione alla luce della progressiva “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario. Approdi in tema della sua compatibilità con il rimedio dell'ottemperanza.

Al fine di comprendere gli aspetti problematici della questione, prima ancora di analizzare le argomentazioni della Sezione consultiva ed il contenuto dell'adunanza, è opportuno richiamare gli istituti che rilevano nel caso di specie, in quanto, proprio in ragione della loro natura e della *ratio* che li giustifica, sono sorti dubbi circa la loro reciproca compatibilità.

Per comprendere la portata del dibattito che ha a lungo interessato dottrina e giurisprudenza non si può prescindere dall'evoluzione storica che ha caratterizzato il rimedio del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e dalle caratteristiche del giudizio di ottemperanza per poi raccordare i due istituti nella spinosa questione inerente alla proponibilità del rimedio dell'ottemperanza per portare ad esecuzione le decisioni rese dal Presidente della Repubblica.

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, diversamente dagli altri ricorsi amministrativi^[4], è oggi ritenuto, all'esito di un lungo e complesso dibattito giurisprudenziale, un rimedio formalmente amministrativo, ma sostanzialmente giurisdizionale visto il ruolo imprescindibile del Consiglio di Stato. Il suo più lontano antenato è rinvenibile nel sistema di “giustizia ritenuta”^[5], tipico delle monarchie assolute. La prima codificazione di questo rimedio risale al 1739^[6], nel 1975 fu poi istituito il Consiglio del Re e si stabilì che il sovrano potesse ascoltarne il parere, anche se non vincolante, prima di decidere sui ricorsi a lui indirizzati; fu poi Carlo Alberto nel 1831, a modificarne la denominazione in “Consiglio di Stato” il cui parere venne reso obbligatorio in tutti i casi di ricorso al Re dalla Legge del Regno di Sardegna n. 3707/1859.

Con l'istituzione nel 1889 della IV Sezione del Consiglio di Stato venne meno la funzione del ricorso straordinario di rimedio generale per l'impugnazione, per motivi di legittimità, dei provvedimenti amministrativi definitivi. La legge n. 5992/1889, infatti, attribuiva definitivo sbocco giurisdizionale anche agli interessi legittimi, fino ad allora tutelabili solo attraverso lo strumento dei ricorsi amministrativi^[7]. Pur ritenendo alcuni che il rimedio avesse esaurito la sua utilità^[8], l'istituto venne mantenuto in vita e, per evitare che vi fossero problematiche duplicazioni, in ossequio al principio del *ne bis in idem*, si fece ricorso al principio di alternatività^[9] tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario di modo da evitare da un lato che sullo stesso atto intervenissero due pronunce giurisdizionali diverse e dall'altro che il Consiglio di Stato si pronunciasse due volte sulla medesima questione.

Il principio, dunque, comporta “*l'inammissibilità del ricorso al giudice amministrativo proposto contro lo stesso atto impugnato in via straordinaria; sia per il ricorrente, sia per i controinteressati che non si siano*”

avvalsi della facoltà di chiedere la decisione del ricorso in sede giurisdizionale – art. 10 comma 1 d.P.R. 1199/1971 – e comporta anche l'inammissibilità del ricorso straordinario qualora l'atto sia stato già impugnato con ricorso giurisdizionale"^[10].

L'alternatività rispetto al rimedio giurisdizionale rappresenta una caratteristica che può al contempo fondare opposte interpretazioni circa la natura del ricorso: se da una parte è stato sostenuto che questo fosse posto a dimostrazione della diversità della natura tra ricorso straordinario e rimedio giurisdizionale^[11], dall'altra lo stesso principio può leggersi come una dimostrazione dell'equiordinazione tra i due rimedi.

L'ultimo capitolo delle modifiche legislative intervenute sulla disciplina del ricorso straordinario ha inciso profondamente sulla sua natura.

Prima dell'entrata in vigore della l. n. 69/2009 il dibattito, caratterizzato da non pochi cambiamenti di orientamento determinatisi nel tempo sul suo inquadramento sistematico e sulla stessa opportunità del rimedio – si pensi all'oscillazione tra posizioni favorevoli al suo ampliamento ed altre propense addirittura alla sua totale eliminazione – si polarizzava attorno a due letture.

Da una parte la tesi tradizionale^[12] ne affermava la natura amministrativa in ragione della natura amministrativa dell'organo promanante la decisione, della natura obbligatoria ma non vincolante del parere del Consiglio di Stato, dell'inidoneità delle decisioni del Presidente della Repubblica a passare in giudicato, dell'impossibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale e di effettuare rinvio pregiudiziale, nonché del principio di alternatività.

Dall'altra, la presenza del parere del Consiglio di Stato, il principio di alternatività che starebbe a dimostrare l'equiordinazione rispetto al rimedio giurisdizionale, la tendenziale immutabilità delle decisioni rese su ricorso straordinario, la possibilità di esperire il rimedio della revocazione^[13] ed il principio del contraddittorio, accentuato nell'ambito del ricorso straordinario, deponevano a sostegno della tesi della natura giurisdizionale^[14].

Se la Corte di Cassazione, con la pronuncia a Sezioni Unite n. 15987/2001^[15], confermata dalla sentenza n. 254/2008 della Corte Costituzionale^[16], aveva spento i facili entusiasmi ingenerati dalle precedenti aperture confinando la portata del precedente della Corte di Giustizia e negandogli il fondamento del riconoscimento della natura giurisdizionale del ricorso straordinario, su tale scenario interviene la l. n. 69/2009 che all'art. 69 modifica la disciplina del ricorso straordinario, incidendo proprio su quegli elementi che avevano fondato le pronunce appena citate.

L'art. 69 modifica, infatti, gli artt. 13 e 14 del d.P.R. 1199/1971 rendendo obbligatorio e vincolante nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica il parere del Consiglio di Stato e prevedendo la possibilità, per quest'ultimo, di sollevare, anche in sede consultiva, questioni di legittimità costituzionale^[17].

L'intervento normativo appena richiamato sembra dunque aver definitivamente completato il processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, sebbene la Corte Costituzionale, con sentenza n. 73/2014, non si sia spinta fino a qualificare l'atto finale del procedimento come atto giurisdizionale in senso sostanziale^[18], ma ha definito il ricorso

straordinario come “*rimedio giustiziale amministrativo con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo*”.

Sottile appare la differenza tra le due definizioni, ma di fatto lascia desumere che non sia stata utilizzata a pieno un'importante occasione per fare definitiva chiarezza sulla natura giuridica di un istituto che appare, dunque, come un rimedio, almeno dal punto di vista sostanziale^[19], giurisdizionale^[20] mentre, solo sul piano formale, si esplica nella formulazione di un parere. In tale ambito sembra potersi configurare la possibilità di assimilare, non formalmente, ma sostanzialmente la decisione adottata in sede di ricorso straordinario a quella emessa all'esito del giudizio innanzi al giudice amministrativo, in considerazione del fatto che in entrambe le ipotesi la decisione costituisce il momento conclusivo dell'esercizio della giurisdizione. In sostanza, il decreto del Presidente della Repubblica che definisce il ricorso straordinario può essere considerato un atto di mera esternazione della decisione giurisdizionale assunta dal Consiglio di Stato^[21].

Tale natura, sul piano sostanziale, emerge prepotentemente anche se, mutando il punto di osservazione, si inquadra il ricorso straordinario non tanto comparandolo al ricorso al giudice amministrativo, bensì agli altri ricorsi amministrativi, rispetto ai quali si evince, come già evidenziato, una netta differenza sul piano strutturale e funzionale^[22]. Non a caso si è ravvisato come l'istituto in questione abbia perso la propria connotazione puramente amministrativa in ragione dell'attrazione del ricorso straordinario nell'ambito della giurisdizione limitatamente “*ad alcuni profili*”^[23]; conseguenza, se si pone l'accento su quest'ultima espressione, è che l'ambito di operatività del ricorso straordinario è meno ampio rispetto a quello del ricorso al giudice amministrativo. E, in effetti, la succitata limitazione è l'inevitabile esito della peculiare specificità del rimedio in esame, andando incontro, diversamente, a un inutile duplicazione del rimedio giurisdizionale ordinario.

Dunque, individuare la natura giuridica del ricorso straordinario è questione non di poco conto, dal momento che proprio su questo terreno si gioca la partita sulla proponibilità del rimedio dell'ottemperanza per portare a esecuzione le decisioni rese dal Presidente della Repubblica, come sua diretta conseguenza logico giuridica.

Il giudizio di ottemperanza, disciplinato dal libro IV del c.p.a., rappresenta un rimedio, espressione dei principi di effettività e concentrazione della tutela giurisdizionale, posto a disposizione del privato che voglia ottenere da parte dell'Amministrazione soccombente, l'attuazione del favorevole giudicato di cognizione. Il sistema di esecuzione delle sentenze e dei titoli esecutivi contemplati all'art. 112 c.p.a., è ispirato ad un duplice modello, surrogatorio e compulsorio, volto a consentire la piena attuazione di quelle sentenze^[24] di cui non venga data spontanea esecuzione ex art. 33 comma 2 c.p.a.

Si tratta di uno dei pochi casi di giurisdizione estesa al merito^[25] potendosi il giudice dell'ottemperanza, nel caso di persistente inerzia della PA, sostituirsi a questa adottando il provvedimento anche nei casi di massima discrezionalità^[26].

Anche la natura del giudizio di ottemperanza è stata a lungo oggetto di un acceso dibattito dottrinale^[27], risolto dal legislatore che, con l'opera di codificazione del 2010, ha accolto nel c.p.a. la posizione della natura mista del giudizio, di cognizione e di esecuzione, con giurisdizione estesa al merito. La stessa relazione al codice ha confermato che si tratta di un giudizio necessariamente di cognizione ed eventualmente di esecuzione, allorché si tratti di

dare attuazione al giudicato del g.o., mentre diventa necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione, se a dover essere eseguita è la sentenza del g.a.[28].

Alla luce del sistema finora delineato, se al decreto presidenziale va riconosciuta, come detto, una tutela esecutiva, piena ed effettiva, quest'ultima non può che individuarsi anche attraverso il giudizio di ottemperanza, la cui esperibilità sembra essere diretta ricaduta del riconoscimento della natura, almeno sostanzialmente, giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (in cui il decreto del Presidente può considerarsi un atto di mera esternazione della decisione giurisdizionale assunta dal Consiglio di Stato).

D'altronde, nella stessa citata sentenza n. 2065/2011 della Suprema Corte a Sezioni Unite si legge che *“nel sistema così delineato la decisione su ricorso straordinario al Capo dello stato, resa in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, si colloca nell'ipotesi prevista alla lettera b) dell'art. 112 comma 2, e il ricorso per l'ottemperanza si propone, ai sensi dell'art. 113 comma 1, dinanzi allo stesso consiglio di Stato, nel quale si identifica il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta”*. La tesi sostenuta dalle Sezioni unite è stata poi successivamente avallata anche dal Consiglio di Stato che, dopo aver chiarito che *“il ricorso straordinario al Capo dello stato costituisce un rimedio giustiziale che si colloca in simmetrica alternativa con quello giurisdizionale ancorché di più ristretta praticabilità quanto al novero delle azioni esperibili”*, afferma che *“non è dubitabile che il petitum proposto in sede di ricorso straordinario sia perfettamente equiparabile (e produca lo stesso effetto) ad una domanda giurisdizionale”*[29].

Nel caso oggetto della pronuncia in esame, però, la questione dell'esperibilità del rimedio dell'ottemperanza riguarda sì il parere reso dal Consiglio di Stato, ma, nello specifico, avente ad oggetto l'esecuzione dell'ordinanza cautelare. Pertanto, il fondamento normativo non va rinvenuto tanto nell'art. 112 comma 2 lett. b) – che non annovera l'esecuzione delle misure cautelari tra i casi in cui è possibile instaurare il giudizio di ottemperanza –, quanto nell'art. 114 comma 4 lett. c) c.p.a. laddove richiama “altri provvedimenti”. Tale disposizione si porrebbe come complementare rispetto all'art. 59 c.p.a. che menziona l'esecuzione delle misure cautelari, ma senza disciplinare il procedimento da seguire.

3. La pronuncia della Sezione Prima: le ragioni dell'inammissibilità della domanda e l'assenza della *potestas iudicandi*.

L'adunanza in commento si pone, tuttavia, in tendenza opposta rispetto a quanto concluso finora.

La Sezione Prima ha infatti dissentito dall'orientamento espresso dallo stesso Consiglio di Stato (Sezione Quinta, provvedimento n. 6519/2018) in sede giurisdizionale, ritenendo di non poter essere adita con il rimedio dell'ottemperanza. Secondo la Sezione consultiva, l'orientamento della Sezione Quinta sarebbe fondato su una lettura degli artt. 59 e 98 c.p.a. eccentrica rispetto a quanto statuito, in modo più rigoroso e tassativo, in punto di competenza, dall'art. 113 c.p.a, norma, quest'ultima, attributiva di competenza per la sola ottemperanza ai provvedimenti giurisdizionali definitivi.

Al contrario, l'estensione dei poteri dell'ottemperanza, per mezzo degli artt. 59 e 98 (definiti dalla Sezione Quinta parametri legislativi di interpretazione), all'esecuzione dei

provvedimenti cautelari farebbe evincere “*un tendenziale principio di corrispondenza funzionale fra provvedimento cautelare, giudice che lo ha emesso ed organo giurisdizionale chiamato ad eseguirlo in sede di ottemperanza*”^[30] senza che vi siano, tuttavia, elementi sufficienti a sostenere tale interpretazione nella disciplina processuale.

L’art. 113 c.p.a., infatti, nell’attribuire la competenza per l’ottemperanza nell’apposita *sedes materiae* del Libro IV, dettaglia per ciascun provvedimento ottemperando la relativa *potestas iudicandi* in capo ad un giudice ben individuato. Gli artt. 59 e 98 c.p.a. si limitano, secondo il Collegio, a precisare come il potere che regolano altro non sia che quello specificato e delineato, in punto di competenza, dalle norme del codice in materia di ottemperanza. Di conseguenza, non sarebbe possibile inferire da queste disposizioni – dal momento che hanno semplicemente la limitata funzione di estendere i poteri dell’ottemperanza anche alla fase cautelare – l’attribuzione di competenza ulteriore in capo ad un organo che (formalmente) non emette la misura cautelare, ma si limita ad esprimere un parere in ordine alla sua concedibilità. In altre parole, non vi sarebbe ragione, per ricostruire la competenza per l’ottemperanza, di attingere a norme che sarebbero generiche ed imprecise sotto tale aspetto, e per di più contenute in Libri e Titoli del c.p.a. che non disciplinano *ex professo* quel giudizio.

Se, allora, si assume che anche in caso di ottemperanza a provvedimenti cautelari debba trovare applicazione l’art. 113 c.p.a., dovrà prendersi atto che la disposizione prevede che “*il giudizio di ottemperanza si propone, nel caso di cui all’art. 112 comma 2 lett. a) e b), al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta*”. E, dal momento che nel procedimento di cui al d.P.R. 1199/1971 la Sezione consultiva anche in sede cautelare si limita ad esprimere un parere, pur vincolante, senza però emettere direttamente il provvedimento decisivo (che è invece oggetto di apposito decreto) non potrà che escludersi “*che si possa profilare una competenza complementare del Consiglio di Stato in sede consultiva atta a consentirgli di interloquire con le forme dell’ottemperanza con un’amministrazione inadempiente perché ciò implicherebbe, con un’interpretazione praeter legem, un’inedita potestas iudicandi che il legislatore non ha inteso attribuire alla Sezione consultiva*”^[31].

Ulteriore argomento addotto dalla Sezione Prima risiede nel fatto che, optando per una diversa ricostruzione, si aggirerebbe l’elenco tassativo di cui all’art. 134 c.p.a. Il riconoscimento, infatti, di una cognizione estesa al merito – quale quella dell’ottemperanza – e di poteri di accertamento della nullità di atti in sede di ricorso straordinario risulterebbe in contrasto con la disciplina del ricorso stesso che, diversamente da quanto previsto dall’art. 134 c.p.a. per il giudice amministrativo, non contempla materie di giurisdizione estesa al merito, né prevede, a differenza di quanto previsto dall’art. 114 comma 4 lett. b. c.p.a., l’esperibilità di azioni di accertamento, essendo ammesso il rimedio solo per proporre azioni di annullamento per motivi di legittimità di atti amministrativi definitivi^[32]. Una diversa interpretazione si porrebbe dunque in contrasto con la natura e la funzione del ricorso straordinario trattandosi di un rito tuttora ancorato ad un regime impugnatorio^[33] che, attesa la sua conformazione, è del tutto inidoneo a gestire una fase esecutiva con cognizione estesa al merito. È infatti la decisione finale, ossia il decreto presidenziale, che può consentire l’ottenimento del bene della vita cui il ricorrente aspira, avendo il Consiglio di Stato invece un punto di contatto solo mediato con la decisione finale.

4. Osservazioni conclusive: è ravvisabile un *vulnus* nel principio di effettività della tutela?

Il parere della Sezione consultiva ha così rigettato l'istanza in ottemperanza presentata per carenza di *potestas iudicandi*, fondando le premesse, in controtendenza rispetto all'orientamento prevalente^[34], della non esperibilità del rimedio dell'ottemperanza del parere, o meglio del decreto, adottato in sede di ricorso straordinario.

Sorge spontaneo interrogarsi se il principio di effettività della tutela^[35] possa dirsi ugualmente garantito.

La Sezione consultiva si premura di chiarire come la propria pronuncia non possa di fatto configurare un *vulnus* nel diritto ad una tutela piena ed effettiva del ricorrente osservando, seppur in maniera incidentale, che il puntuale adempimento della misura cautelare disposta, a seguito del parere del Consiglio di Stato, con atto motivato del ministero competente^[36] costituisce l'oggetto di un preciso obbligo giuridico a carico dell'amministrazione; cosicché la mancata esecuzione di tale misura, ove ricorrano gli altri elementi della fattispecie, può costituire illecito e fondare un'azione risarcitoria^[37]. Essendo infatti un obbligo dell'amministrazione dare esecuzione alle proprie sentenze, nulla osta neppure la proposizione di altri rimedi come un'eventuale azione avverso il silenzio.

E anzi, secondo tale ricostruzione, ove si volesse forzare – posto che ciò non sarebbe possibile – il dato letterale del c.p.a. riconoscendo la *potestas iudicandi* per il giudizio di ottemperanza in capo all'organo consultivo, la significativa intermediazione (che caratterizza la procedura del ricorso straordinario) tra lo stesso e l'amministrazione rischierebbe, al contrario, di incidere negativamente sull'effettività della tutela. Si menziona^[38], infatti, proprio il “rischio di rendere rarefatto e artificioso lo stesso procedimento di ottemperanza, anche perché, a volere rispettare lo schema di fondo del rito ex d.P.R. 1199/1971, anche l'ottemperanza sarebbe un giudizio in cui il Consiglio di Stato si dovrebbe limitare a proporre pareri senza poter direttamente decidere in luogo della P.A. E ciò comporterebbe inevitabili inefficienze ed ulteriori ritardi, in palese contrasto con la ratio del rimedio”.

Deve, da ultimo, poi rammentarsi il carattere di alternatività che il ricorso straordinario al Capo dello Stato presenta rispetto ai rimedi giurisdizionali in quanto proprio in questo elemento può ritenersi che risieda la non lesività del diritto ad una tutela effettiva. In tal senso si è pronunciata anche la Corte Costituzionale^[39] affermando come la preclusione della tutela giurisdizionale non lede i diritti costituzionali del ricorrente, perché in definitiva è riconducibile alla sua scelta di agire in via straordinaria secondo lo schema, sì, di un rimedio sostanzialmente giurisdizionale, ma avente innegabilmente una portata più ristretta rispetto al ricorso innanzi al giudice amministrativo, proprio in ragione della specificità dello stesso^[40].

[1] Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2021, n. 6519/2018.

[2] Con la quale veniva comunicato a parte ricorrente, a seguito della rinuncia degli alloggi proposti (non avendo il ricorrente immediatamente sottoscritto la proposta di assegnazione), la ricollocazione in fondo alla graduatoria relativamente ai nuclei familiari aventi lo stesso numero di componenti.

[3] Con la citata ordinanza 6519/2021.

[4] I quali non hanno senza alcun dubbio carattere giurisdizionale dal momento che l'atto con cui si conclude la procedura è un provvedimento amministrativo (definito *decisione amministrativa*, in quanto recante la peculiarità di strumento di tutela di interessi qualificati) adottato, dunque, dalla stessa Amministrazione che ha in tal caso potere decisionale.

Secondo l'inquadramento dogmatico più autorevole (cfr. A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Jovene, Napoli, 1989, 1055), infatti, i ricorsi amministrativi andrebbero ricondotti nel più ampio *genus* degli strumenti di autotutela, in particolare nella declinazione di autotutela decisoria a carattere contenzioso, quale espressione del pubblico potere attraverso il quale l'Amministrazione ha la capacità di decidere sui ricorsi presentati da parte di soggetti privati, volti a riformare o annullare una precedente decisione; tale è lo *hiatus* esistente tra i rimedi giustiziali ed il potere di autotutela in capo alla PA da aver indotto la dottrina a ricondurli alla categoria dell'autodichia. Salvo l'ipotesi del ricorso straordinario, non possono, quindi, essere del tutto sovrapposti ai rimedi giustiziali, sebbene la loro vicinanza con i rimedi di carattere giustiziale emerga osservandone l'evoluzione storica dal momento che per un certo periodo di tempo (fino all'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato) i ricorsi amministrativi hanno rappresentato l'unica vera forma di tutela per gli interessi legittimi.

[5] Ossia nel potere del sovrano di intervenire, in ultima istanza, al fine di giudicare sugli atti amministrativi.

[6] Quando, durante il Regno di Sardegna, esso fu disciplinato dalle Costituzioni Generali di Vittorio Amedeo II.

[7] In quest'ottica *“l'ampia autonomia e discrezionalità riconosciute all'amministrazione erano considerate attribuzioni sue proprie, conseguenze necessarie del suo essere unico soggetto titolare del dovere e della responsabilità di provvedere alla cura dell'interesse pubblico. L'intervento del cittadino ricorrente, conseguentemente, finiva per rappresentare nulla più che un semplice apporto alla legalità dell'agire pubblico, nella misura in cui l'interesse individuale trovava una sua tutela solo se ed in quanto coincidente con l'interesse soggettivo dell'amministrazione”* (M. Calabrò, *Modelli di tutela non giurisdizionale: i ricorsi amministrativi*, in www.inspublicum.com).

[8] Con l'avvento, poi, della Costituzione ed il riconoscimento della pari dignità alla tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi agli artt. 24, 103 e 113, gli interpreti si orientarono nel riconoscere l'espressione di una netta preferenza per i rimedi giurisdizionali sancendo il declino del ruolo dei ricorsi amministrativi. Ciò non deve, tuttavia, condurre a ritenere i ricorsi amministrativi incompatibili con la Carta costituzionale, come affermato da Corte Cost. 1° febbraio 1964 n. 1 e Corte Cost., 3 aprile 1969, n. 60.

Tuttavia, deve ricordarsi che le *rationes* sottese al ricorso straordinario non si esauriscono unicamente nella tutela degli interessi legittimi, ma rispondono anche al principio di economicità dei mezzi giuridici, in quanto strumento meno oneroso rispetto al rimedio giurisdizionale, dal momento che il privato può difendersi anche senza la necessaria assistenza di un avvocato; pertanto non può ritenersi esaurita la sua utilità, pur avendo questo perso la sua caratteristica gratuità per effetto del d.l. n. 98/2011, convertito con modificazioni dalla l. 111/2011 che ha reso necessario anche in tal caso il pagamento del contributo unificato.

Malgrado la previsione dell'obbligo del contributo unificato per il ricorso straordinario l'utilità – anche se ridotta – permane. Questa è legata anzitutto al termine più lungo (rispetto al rimedio giurisdizionale ordinario), alla non necessità della difesa tecnica e, quindi, al minor costo sostanziale. L'utilità del rimedio in esame è data anche dall'assenza, in caso di rigetto, della condanna alle spese e dalla possibilità, in caso di accoglimento, di recupero del contributo unificato. Altra utilità è quella legata ai tempi della decisione: infatti, se si fa l'interpello e non ci sono particolari ritardi nell'istruttoria, i tempi – ad eccezione di alcune specifiche materie – possono essere più celeri di quelli normalmente occorrenti per il ricorso giurisdizionale in due gradi di giudizio. Del resto, l'utilità del ricorso straordinario al Capo dello Stato è inequivocabilmente dimostrata dal suo crescente utilizzo: infatti, mentre nel quadriennio 2008-2011 sono pervenuti alle sezioni consultive del Consiglio di Stato circa 5.000 affari l'anno, nel 2013 si è registrata un'impennata a 13.700, evidentemente dovuta anche al maggior peso del contributo unificato per i ricorsi al TAR in alcune materie (si legga in tal senso P. Tanda, *Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte Costituzionale sulla cd. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in federalismi.it, n. 21/2014).

[9] Attualmente il principio rinvia la sua disciplina nell'art. 8 comma 2 d.P.R. n. 1199/1971.

[10] C. Volpe, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in www.giustizia-amministrativa.it.

[11] Diversità che emerge anche dal procedimento – del tutto differenziato rispetto al processo giurisdizionale amministrativo – articolato in tre fasi: una fase istruttoria di competenza di apparati ministeriali (il Ministero competente secondo la materia controversa, o la Presidenza del Consiglio dei ministri in mancanza di specifico collegamento della materia stessa con quella di attribuzione di un Ministero); una fase consultiva di competenza del Consiglio di Stato, cui i soggetti interessati possono partecipare presentando memorie e documenti, che si esprime oggi in un parere vincolante circa la decisione finale (un atto quindi a carattere decisorio); la decisione finale con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente per materia o del Presidente del Consiglio di ministri (artt. 8 ss., d.P.R. n. 1199/1971, art. 69, l. n. 69/2009). Quindi un procedimento che si svolge in ogni fase davanti ad organi amministrativi e non giurisdizionali, con limitato contraddittorio tra le parti (V. Cerulli Irelli, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 3, 1° giugno 2019, 1838).

[12] Cass. SSUU, 2 ottobre 1953, n. 3141; Cons. Stato, sez. V, 9 luglio 1954, n. 724

[13] Come previsto dall'art. 12 d.P.R. n. 119/1971, ma anche ribadito da TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 30 settembre 2022, n. 2582 in cui si legge che *“Per giurisprudenza consolidata, la decisione del ricorso straordinario al Capo dello Stato o al Presidente della Regione può essere impugnata per revocazione nei casi previsti dall'art. 395 c.p.c., nonché davanti al giudice amministrativo solo per i vizi formali e procedurali successivi al vincolante parere di rito del Consiglio di Stato. Tali limitazioni all'impugnativa della decisione sono opponibili solo al ricorrente e alle controparti del procedimento giustiziale, le quali non avendo chiesto la trasposizione alla sede giurisdizionale hanno così accettato tutte le peculiarità e conseguenze di tale procedimento”*.

In particolare, la rinuncia del ricorrente straordinario successiva alla trasmissione del parere dell'organo consultivo, ma anteriore al decreto presidenziale, non può essere utilmente presentata e, ove prodotta, non può essere considerata e dispiegare i pretesi effetti estintivi.

L'espressione del parere obbligatorio esaurisce la fase decisionale del ricorso straordinario; la sua rivalutazione in sede giurisdizionale è inammissibile stante il principio di alternatività fra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale, che non consente che vengano rimesse in discussione questioni, di forma e/o di sostanza, afferenti gli atti ed i provvedimenti opposti in via straordinaria, onde evitare che l'impugnazione in sede giurisdizionale porti ad un riesame del medesimo giudizio espresso in sede consultiva, per effetto della sovrapposizione della decisione giurisdizionale a quella del ricorso straordinario”.

[14] Avallata dalla Corte di Giustizia già con sentenza del 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96. In quell'occasione la Corte, infatti, giunse ad ammettere la possibilità per il Consiglio di Stato, in sede di emissione del parere su ricorso straordinario, di effettuare il rinvio pregiudiziale. A tale conclusione la Corte di Giustizia pervenne sulla base della considerazione per cui anche in tale sede al Consiglio di Stato va riconosciuta la qualifica di “giurisdizione nazionale” ai sensi dell'art. 177 (ora 234) del Trattato CE. Sulla scia della sentenza della Corte di Giustizia si pose poi lo stesso Consiglio di Stato, sez. I, 19 maggio 1999, n. 850.

[15] Cass. SSUU, 18 dicembre 2001, n. 15978 in cui si legge che *“requisito indefettibile dei procedimenti giurisdizionali, anche alla stregua di quanto stabilito dall'art. 111 Cost. così come riformulato dall'art. 1 legge cost. n. 2/1992 è che il procedimento si svolga dinanzi a un giudice terzo e imparziale. Nel caso di specie il procedimento ha invece protagonista un'autorità amministrativa che, come si è posto in evidenza, non è neppure vincolata in modo assoluto al parere espresso dal Consiglio di Stato, e può quindi risolvere la controversia secondo criteri diversi da quelli risultanti dalla pura e semplice applicazione delle norme di diritto, che rappresentano l'aspetto caratterizzante delle decisioni adottate in sede giudiziaria (art. 101 comma 2 cost.). [...] Invero, la nozione di organo giurisdizionale rilevante ai fini dell'individuazione delle autorità legittimate a rimettere in via pregiudiziale all'esame della Corte di Giustizia questioni relative all'interpretazione del trattato va ricavata esclusivamente dalle norme del diritto comunitario, mentre nel caso di specie essa deve essere desunta dalle disposizioni di diritto interno. Tra le due nozioni non vi è, dunque, necessaria coincidenza”*.

[16] Corte Cost. 28 luglio 2004, n. 254.

[17] Per Corte Cost., 13 novembre 2013, n. 265 tale facoltà sarebbe riconosciuta anche nei casi in cui il ricorso introduttivo sia stato notificato prima dell'intervento legislativo del 2009. Ad avviso della Corte, infatti, *“in mancanza di diversa prescrizione essa risulta applicabile in ragione del principio tempus regit actum e purché la richiesta di parere del Consiglio di Stato sia stata inoltrata nella vigenza della precedente disciplina”*.

[18] Come invece ha affermato la Corte di Cassazione, riconoscendo l'idoneità del decreto stesso a formare il giudicato e superando del tutto la natura amministrativa, precedentemente riconosciuta (Cass. SSUU., 19 dicembre 2012, n. 23464; 8 settembre 2013, n. 20659; 5 ottobre 2015, n. 19786). In tal senso fondamentale è anche la pronuncia delle SSUU, 28 gennaio 2011, n. 2065 che ha chiarito come le modifiche apportate dall'art. 69 sono tali da eliminare alcune determinanti differenze del procedimento per il ricorso straordinario rispetto a quello giurisdizionale, quali erano state rimarcate nella citata sentenza n. 15978/2001; l'eliminazione del potere della PA di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato confermerebbe che il provvedimento finale, che conclude il procedimento, è meramente dichiarativo di un giudizio, per cui che questo sia vincolante, se non trasforma il decreto presidenziale in atto giurisdizionale (in ragione della natura dell'organo emittente e della forma dell'atto), lo assimila a questo nei contenuti.

[19] È stato, tuttavia, autorevolmente rilevato che, se si optasse per la natura “sostanzialmente giurisdizionale” del rimedio in esame, il significato della opposizione dei controinteressati (e delle parti resistenti) non sarebbe più quello di scegliere tra un rimedio giurisdizionale e uno amministrativo, ma quello di scegliere tra due rimedi giurisdizionali (l’uno semplificato e l’altro ordinario), con una conseguente notevole limitazione dell’oggetto del consenso di tutte le parti: l’espressione “sostanzialmente giurisdizionale” da un lato lascerebbe intendere l’impossibilità di sostenere la tesi della natura effettivamente giurisdizionale, dall’altro lato introdurrebbe una distinzione tra giurisdizione in senso sostanziale e giurisdizione in senso formale, che è giustificabile in altri sistemi giuridici ma non nel nostro, in considerazione della disciplina costituzionale della funzione giurisdizionale (in tal senso F.G. Scoca, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*; Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18, in *Foro it.*, 2012, III, 2378).

[20] In senso contrario, tuttavia, è stato escluso che possa essere significativo il fatto che la riforma del 2009 abbia reso vincolante il parere del Consiglio di Stato, in quanto la vincolatività di tale provvedimento non ne muterebbe la natura, che rimarrebbe amministrativa ed ancorata ad una funzione giustiziale: in questo senso deporrebbe anche la rubrica dell’art. 69 l. 69/2009. Così G. D’Angelo, *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: profili critici di un orientamento che non convince*, in *www.giustamm.it*, 2013, 6, secondo cui semmai la vincolatività muta i termini del rapporto con il decreto del Presidente della Repubblica. Del resto, è stato evidenziato che nel procedimento del ricorso straordinario la natura decisoria è riconoscibile, con maggiore evidenza oggi in ragione del carattere vincolato, al parere del Consiglio di Stato, il quale avrebbe carattere formale di atto consultivo ma dal punto di vista sostanziale sarebbe caratterizzato dagli stessi contenuti di una decisione amministrativa (cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 165).

[21] Non a caso il Consiglio di Stato ha natura di organo giurisdizionale anche quando esprime il proprio parere nell’ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato. In tal senso si leggano le pronunce di Cons. Giust. Amm. Sic., 21 marzo 2011, n. 242 e di Cons. Giust. Amm. Sic., 17 gennaio 2011, n. 30.

[22] P. Tanda, *Le ricadute della sentenza n. 73/2014*, cit., 14.

[23] Corte Cost., 26 marzo 2014, n. 73.

[24] Per una trattazione sistematica su come si concretizza il principio di effettività in relazione alle diverse tipologie di sentenze si rinvia a F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 4, 2016, 1025 ss.

[25] Ex art. 134 comma 1 lett. a) c.p.a.

[26] Del resto, quando il legislatore ha voluto limitare il potere del giudice dell’ottemperanza lo ha esplicitato, come è accaduto con il d.l. n. 90/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 114/2014, che espressamente prevede l’inapplicabilità dell’art. 114 comma 1 lett. a) e c) c.p.a. nei giudizi in cui sia parte il Csm.

[27] Parte della dottrina, esaltando il profilo esecutivo, ha ricondotto il modello a quella dell’esecuzione forzata civile; altra parte, invece, ponendo in risalto la peculiarità dell’attività esecutiva richiesta dalla sentenza di annullamento, ha osservato che il giudizio di ottemperanza è in primo luogo un processo di cognizione, realizzandosi in esso un completamento del contenuto della pronuncia di annullamento, vista la natura del giudicato amministrativo di un giudicato a “formazione progressiva”.

[28] Viene così risolta la questione definitoria della natura dell’ottemperanza che aveva alimentato il dibattito culminato nell’arresto delle SSUU, 24 dicembre 2009, n. 27348 che, sposando l’orientamento intermedio, ne avevano già ribadito natura mista e autonoma.

[29] Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513 e Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18. Il Consiglio di Stato ha poi utilizzato argomenti analoghi anche nelle Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9 e n. 10 per ammettere esplicitamente il giudizio di ottemperanza per l’esecuzione della decisione del ricorso straordinario.

[30] Punto 15.2 della pronuncia in commento.

[31] Punto 15.4 della pronuncia in commento.

[32] Art. 8 d.P.R. n. 1199/1971.

[33] A poco è valso infatti il tentativo del TAR Sicilia, Catania, 28 marzo 2007, n. 623 di estendere il rimedio anche all’azione di accertamento sostenendo che la stessa “è proponibile in sede di ricorso straordinario anche se la materia rientri nella giurisdizione del

giudice ordinario, purché la pretesa sostanziale inerisca ad un rapporto avente rilievo pubblicistico". A smentire tale impostazione interviene sia l'art. 7 comma 8 c.p.a che Cons. Stato, sez. II, con parere del 12 giugno 2014, n. 2436 che ha confermato che *"la decisione del ricorso straordinario è preordinata alla sola verifica della legittimità dell'atto impugnato e non può implicare l'accertamento di un determinato assetto del rapporto intercorrente tra le parti"*.

[34] Il fulcro di detto contrasto giurisprudenziale, afferendo all'estensione delle forme di tutela disponibili sulla base del dato formale dello strumento di tutela attivato, pur a fronte della medesima situazione giuridica soggettiva (e, segnatamente, al riconoscimento della possibilità di accedere alla tutela esecutiva), ricorda, per certi versi, la tensione sottesa al concetto di *Rechtsschutzbedürfnis* nel pensiero di Schönke (cfr. P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, 107 ss.).

[35] Introdotto dall'art. 4 comma 2 l. n. 2248/1889 (l.a.c.) e permeante tutto il c.p.a. a partire dall'art. 1, oltre che di rilievo costituzionale ex art. 24 e sovranazionale ex art. 6 CEDU.

[36] Ai sensi dell'art. 3 comma 4 l. n. 205/2000.

[37] Non proponibile neanche questa, però, in sede di ricorso straordinario per le medesime ragioni esposte in tema di azione di accertamento.

[38] Al punto 16 della pronuncia in commento.

[39] Corte Cost., 2 luglio 1966, n. 78.

[40] Interessante, in tal senso, è anche la ricostruzione di taluni (P. Tanda, *Le ricadute della sentenza n. 73/2014*, cit., 9) del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come un rito speciale in unico grado, fondato sull'accordo delle parti e destinato ad avere un ruolo di deflazionamento nel congestionato sistema di giustizia amministrativa.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2632 – 26 gennaio 2023

Il problema dei LEP nell'autonomia differenziata. Una spiegazione della differenza [i]

di Alessandro Cioffi

Sommario: 1. LEP e autonomia differenziata nella legge di bilancio (2023) - 2. La riduzione dei LEP nell'autonomia differenziata - 3. I LEP come limiti dell'autonomia - 4. Una possibile spiegazione dell'autonomia differenziata alla luce dell'ordinamento giuridico generale.

1. LEA e autonomia differenziata nella legge di bilancio (2023)

Sul nascere del 2023, saltando ogni progetto di riforma, l'autonomia differenziata diventa diritto positivo e trova una sua prima realizzazione nella legge di bilancio: l'art. 1, comma 791, della legge 29 dicembre 2022 n. 197, con un accostamento inedito, stabilisce che il riconoscimento dell'autonomia è vincolato ai LEP, i livelli essenziali delle prestazioni^[ii].

La norma, precisamente, stabilisce che la "attribuzione" dell'autonomia differenziata sia "subordinata" alla "determinazione" dei LEP. Ne disegna quindi una disciplina specifica: la determinazione dei livelli è resa al fine esplicito di dare "completa attuazione" all'art. 116 Cost. e assume la forma giuridica di un DPCM, con un iter formativo simile a quello dei LEA (commi 792-795).

È dunque chiaro che si tratta di una prima disciplina dell'autonomia differenziata e, altresì, che LEP e autonomia differenziata sono ormai congiunti sul piano della legge ordinaria, in una relazione reciproca e vincolata, per cui l'autonomia non può configurarsi senza i LEP e i livelli servono a disegnare la differenza insita nell'autonomia dell'art. 116 Cost.

Questo vincolo, nel comma 791, è poi istituito anche per dichiarati motivi di “spesa”: la norma qualifica i LEP come “soglia della spesa” che vale come “nucleo invalicabile” nella erogazione delle prestazioni “fondamentali”. Il livello essenziale funzionerà dunque come limite finanziario, espressione manifesta del vincolo di bilancio (artt. 81 e 97 Cost.).

Si delinea quindi un sistema compiuto e singolare: la determinazione dei livelli viene attratta nell'autonomia differenziata, come sua premessa, in funzione dell'interesse finanziario e sotto forma di DPCM.

Tutto questo fa intravedere subito una conseguenza: la definizione dei LEP si riduce a un'entità particolare e non generale. Non è un principio. Rischia così di perdere il suo significato costituzionale di garanzia, che è insito nell'art. 117 lett. m) Cost.

Il che desta qualche preoccupazione^[iii]. Vediamo allora da vicino questo sistema della riduzione, in tre aspetti, al fine di suggerire una soluzione di principio, che dia un contributo alla definizione dell'autonomia differenziata^[iv].

2. La riduzione dei LEP nel sistema dell'autonomia

La prima e fondamentale riduzione è nel fatto che la determinazione dei LEP è attratta nell'autonomia differenziata e quindi è espressione di un'autonomia che, testualmente, è “ulteriore” e “particolare” (art. 116 Cost.). Nelle dottrine del diritto costituzionale, il significato di “particolare” e di “ulteriore” è dibattuto e si discute se l'autonomia differenziata somigli all'autonomia ordinaria o a quella speciale; senza prendere partito per l'una o per l'altra, si sceglie un'autorevolissima ricostruzione^[v], che si volge a spiegare l'autonomia dell'art. 116 Cost. in un punto esatto, quello dell'effetto traslativo del potere, che, ai sensi dell'art. 116 Cost., opera secondo una clausola di “asimmetria”, diversamente dall'art. 117 Cost. Difatti, nell'art. 117 Cost. la devoluzione delle materie concorrenti è simmetrica: suppone una perdita della competenza statale e un correlativo acquisto della competenza regionale, sicché quanto è devoluto alla regione corrisponde meglio al potere da esercitare, come competenza più adeguata, ma, nella sostanza, il tutto resta omogeneo, per l'ordine degli interessi trasversali e condivisibili che ormai è sotteso all'art. 117 Cost., e così l'esercizio del potere regionale non è diverso da quello statale ed è a titolo derivativo (e forse è anche reversibile) ^[vi]. Al contrario, l'autonomia differenziata è “ulteriore” e “particolare”: questo significa che ogni suo effetto nasce dall'art. 116 Cost., è a titolo originario ed asimmetrico e quindi determinerà quanto devoluto dando vita a un diverso potere regionale, il cui esercizio soddisfa esigenze diverse da quelle dello Stato e funziona con la logica della “regola speciale e della “deroga” ^[vii].

Se a questo si aggiunge che nella legge di bilancio i LEP sono emanati sotto forma di DPCM e sono trattati come i LEA, e che per tradizione giurisprudenziale i LEA sono soggetti a

lettura restrittiva, il gioco della determinazione si stringe molto. E' questo il secondo aspetto della riduzione.

Difatti, uno dei maggiori problemi che storicamente emergono nella giurisprudenza del nostro giudice è che nel sindacato sul DPCM che fissa i LEA, e che poi si riflette sulle autonomie, i livelli essenziali non sono suscettibili di interpretazione estensiva. In quel sindacato, in fondo, si tratta di leggere il nomenclatore delle prestazioni e di intenderne l'estensione, secondo le voci che compongono l'elenco. L'interpretazione di queste voci segue sempre un'ispirazione letterale e riduttiva. Per esempio, nella voce "malattia mentale" non rientra l'Alzheimer, che, secondo il Consiglio di Stato, è una malattia che può avere manifestazioni psichiatriche, ma che ha una causa organica e degenerativa (Cons. St. sez. III n. 604/2015); ne viene dunque un effetto di esclusione^[viii]. Per arrivare a questo risultato, sul piano dell'interpretazione, il giudice dice che i LEA non sono suscettibili di interpretazione estensiva e che, viceversa, sono soggetti a interpretazione letterale, con divieto di analogia.

Sorvolando per un momento sulla causa di questo ragionamento e seguendo il filo degli effetti, questa lettura interpretativa si vede anche nella giurisprudenza più recente. Per esempio, in Cons. St., Sez. III, 15 febbraio 2021 n. 1309, si dice che la prestazione dei farmaci chimici non si può estendere ai farmaci biomedici, per un divieto di analogia ^[ix]; similmente in Tar Lazio sez. III *quater*, 22 dicembre 2022 n. 17330, in cui si discute della estensione della voce "Crioconservazione dei gameti": il nomenclatore prevede la conservazione solo dei gameti maschili e non di quelli femminili e così il giudice nega l'estensione agli ovociti, ribadendo che i LEA sono soggetti a interpretazione letterale e aggiungendo che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo non può valutare l'estensione della prestazione in nessun modo, neanche alla luce del principio costituzionale di eguaglianza, che si addice alla legge e non al DPCM. Il potere amministrativo insito nel DPCM, infatti, è "espressione di un'ampia discrezionalità amministrativa" (giurisprudenza consolidata).

Questa discrezionalità si riconosce soprattutto nel taglio della spesa – e questo è il terzo e ultimo aspetto della riduzione-, e difatti il gioco della determinazione dei livelli si stringe ancora se si considera il fatto che in giurisprudenza l'interpretazione restrittiva dei LEA ha causa dichiarata nel vincolo di bilancio^[x]. Non a caso nel comma 791 i LEP sono configurati come "soglia di spesa invalicabile"; e non a caso l'art. 116 Cost. richiama l'art. 119 Cost. Il vincolo di bilancio diventa principio anche qui, finendo per chiudere tutta la determinazione dei livelli in senso riduttivo.

Questa sistemazione corrente dei LEA, quasi inevitabile per i LEP, è molto discutibile. Un segno diverso e recente è nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la legge regionale della Puglia n. 6 del 2019 aveva inteso in senso restrittivo la voce "malattia mentale" del DPCM, restringendola alla sola "demenza senile", ma, con la sentenza n. 72/2020, la Corte ha stabilito che in materia di LEA l'interpretazione restrittiva non è possibile. Questo per un motivo di principio: dietro i LEA ci sono i diritti fondamentali.

3. I LEP come limiti dell'autonomia

Quello dell'ordinamento generale sembra il punto di partenza corretto, che potrebbe suggerire una soluzione anche per la definizione dell'autonomia differenziata. Dal suo sistema viene fuori questa domanda: perché i livelli delle prestazioni essenziali non sono percepiti come un'entità generale e tendono a essere ridotti, specie sul piano dell'interpretazione letterale?

In termini di interpretazione dell'ordinamento, la risposta è semplice: i livelli essenziali sono l'eccezione e non sono la regola. Non sono principi, ma sono un'entità particolare e per questo non si estendono. Il che, in termini di interessi, manifesta il fatto che qui l'interesse primario è l'interesse pubblico al vincolo di bilancio. Tutto questo spiega il fatto che in giurisprudenza la lettura riduttiva dei livelli abbia la forza di ridurre i diritti fondamentali e di trasformarli in diritti finanziariamente condizionati^[xi].

Infine, tutta questa riduzione si rafforza se è calata nell'autonomia differenziata, che, come visto, è "ulteriore" e "particolare" e quindi obbedisce alla logica della regola speciale (secondo la clausola di asimmetria vista sopra).

A questo punto il gioco della riduzione è molto evidente. Ma il risultato finale non convince.

Si riprende qui l'insegnamento della Corte costituzionale (sentenza n. 72/2020), segnalandone il risultato diverso e opposto, che la Corte riconosce alla forza giuridica dei LEA dello Stato: i livelli sono da considerare ai sensi dell'art. 117 lett. m), per cui sono essenziali e dunque "entrano immediatamente nell'ordinamento regionale". E non sono derogabili.

Oltre questo minimo, inderogabile e garantito, si potrà svolgere l'autonomia differenziata, che, appunto, nell'art. 116 Cost. è "ulteriore". Tuttavia, per la Corte costituzionale, resta fermo un fatto giuridico primario: i livelli di assistenza dello Stato non sono modificabili e quindi, per la regione, rappresentano i limiti della sua autonomia. In altre parole, i livelli sono espressione dell'ordinamento generale. Ma, in fondo, anche l'autonomia differenziata lo è. Come ogni autonomia, deriva dall'ordinamento generale ^[xii].

4. Una possibile spiegazione dell'autonomia differenziata alla luce dell'ordinamento giuridico generale.

In questa luce, ai LEP e all'autonomia differenziata può venire una possibilità di spiegazione in più, se i due termini si inquadrano nella teoria dell'ordinamento generale. Va fatta una breve premessa, sul modo di agire dell'ordinamento generale^[xiii]. Qui l'ordinamento generale è l'ordinamento costituzionale, visto come ordinamento di tutti i soggetti giuridici e, poi, assunto nella visione del rapporto tra due ordinamenti: fondativo e derivativo quello della prima parte della Costituzione, particolare e derivato quello delle autonomie, nella seconda parte. L'autonomia differenziata, come ogni autonomia, deriva dalla prima parte della Costituzione e assorbe i limiti che quella le imprime come limiti interni, come i suoi limiti: ovvero "le sue esigenze", ex art. 5 Cost. ^[xiv]. In questa luce, nella prima parte della Costituzione, riprendendo la formula della sentenza n. 72/2020, i livelli "entrano immediatamente" nell'ordinamento regionale, perché esprimono il "nucleo irriducibile" del diritto alla salute, ovvero la persona (artt. 2 e 3 Cost.). Qui i livelli essenziali rappresentano il

nucleo irriducibile del soggetto, ovvero, l'espressione essenziale della soggettività. Ogni soggetto, nell'ordinamento generale, è ben riconoscibile: la persona per le esigenze essenziali (art. 2) e la regione come soggetto che ha le "sue esigenze" (art. 5).

Da tutto questo viene una conseguenza. I livelli essenziali entrano nella soggettività della regione come "sue esigenze" (art. 5 Cost.): di sé stessa e dei suoi cittadini.

Per questo, i livelli essenziali sono della persona e sono dell'autonomia della regione e per questo "entrano immediatamente" nell'ordinamento regionale (C. cost. n. 72/2020). Sono il riflesso della soggettività essenziale, vista secondo l'ordinamento generale e nella prima parte della Costituzione. Oltre l'essenziale, nella seconda parte della Costituzione, la soggettività diventa autonomia differenziabile e appunto nell'art. 116 Cost. è "ulteriore".

Per tutto questo, nell'ambito dell'ordinamento generale, nell'indivisibilità della Repubblica, l'autonomia differenziata esprime sé stessa e i suoi cittadini e ha molto a che fare con l'identità di una Regione. Ne riflette il sostrato antropologico, sociale ed economico, anche nel dibattito politico; qui l'autonomia differenziata viene fuori in modo violento e, in un senso non volgare, quasi nella forma di entità esistenziale, che si manifesta non solo come bisogno (costo standard), ma come capacità autonoma di fare (fabbisogno). La sua differenza non deve essere irriducibile, ma deve essere un'utile differenza.

Per questo pensiamo, in conclusione, che la regione differenziata, che sviluppa la sua autonomia oltre l'essenziale (art. 5 Cost.) e in un modo "ulteriore" (art. 116 Cost.), potrebbe differenziarsi divenendo non solo la più competitiva nel prendere le materie ma la più virtuosa nelle prestazioni, facendo qualcosa di più per sé e per gli altri, anche facendo uso di quei "tributi propri" che l'art. 119 Cost., prevede e che forse non sono mai stati istituiti. Il contesto è dunque più grande ed è quello della solidarietà e della coesione politico-sociale, a prescindere dalla materia devoluta^[xv]. Per questo, in conclusione, come hanno fatto gli altri relatori, si passa a usare una metafora finale, e una in particolare, quella di un'autorevole Relatrice, che ha evocato la bellissima fata Morgana e la materia^[xvi]. Così, se l'autonomia differenziata si spoglia della materia, come la fata Morgana si spoglia della sua fatale immagine, l'autonomia si mette a nudo davanti a tutti e si rivela come fabbisogno, che non è standard ma è fabbisogno di sé e quindi è immagine della sua capacità, di se stessa davanti a tutti e per tutti, e allora il discorso dell'ordinamento si fa semplice ed è quello della famiglia e della figlia più sveglia che vuole andarsene di casa (nella leggenda la fata Morgana voleva scappare dalle sue otto sorelle): Morgana esce di casa e i genitori continuano a darle la paga settimanale, ma a fine mese l'affitto non lo chiede a mamma e papà e se lo paga da sé; così, forse, alla fine della storia, Morgana finirà per condividere l'affitto anche con le altre sorelle, non solo in termini di costi ma anche di spazi e di possibilità.

[i] L'articolo riproduce l'intervento, con aggiunte al testo e alcune note, fatto il 9 gennaio 2023 in *Novità e possibilità dell'autonomia differenziata nelle più recenti proposte di riforma*, seminario che inaugura i *Lunedì di Giustiziasieme*, una serie ideata dalla Direzione della Rivista e coordinata dal Prof. Enrico Zampetti.

[ii] Il testo dell'art. 1 comma 791 è il seguente : "Ai fini della completa attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione e del pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni, il presente

comma e i commi da 792 a 798 disciplinano la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, quale soglia di spesa costituzionalmente necessaria che costituisce nucleo invalicabile per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, per assicurare uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali, per favorire un'equa ed efficiente allocazione delle risorse collegate al Piano nazionale di ripresa e resilienza, approvato con il decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° luglio 2021, n. 101, e il pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti civili e sociali e quale condizione per l'attribuzione di ulteriori funzioni. L'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, relative a materie o ambiti di materie riferibili, ai sensi del comma 793, lettera c), del presente articolo, ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale, e' consentita subordinatamente alla determinazione dei relativi livelli essenziali delle prestazioni (LEP)".

[iii] Questo fenomeno della riduzione potrebbe riflettersi nel futuro delle attività di determinazione - conferenze varie, intese, aggiornamenti.

[iv] Si riceve qui l'indicazione di F. FRANCIOSI, *Riflessioni a margine di un dibattito sul metodo giuridico*, in *Giustiziasieme*, 16 gennaio 2023: il compito specifico del giurista accademico è quello della ricostruzione dei principi; quelli impliciti in una certa materia, che, poi, si presentano come l'architettura di un determinato istituto.

[v] A. D'ATENA, *Dove vanno le regioni?*, *AIC.*, 2022, n. 4, 1 ss.

[vi] Riaffiora qui l'idea di fondo insita nella categoria generale dell'autonomia pubblica, ovvero l'idea che gli interessi dello Stato insiti nella materia trasferita non siano danneggiati o perduti nel trasferimento, ma siano curati meglio dal soggetto autonomo, avvantaggiandosi della sua cooperazione - cfr. SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 2 edizione, 1946, 298. Il sottinteso è che quel che si trasferisce è un interesse condiviso e non irriducibile; e non a caso la maggior parte delle materie devolubili appartiene alla potestà concorrente.

[vii] Così A. D'ATENA, *Dove vanno le regioni?*, *AIC.*, 2... cit., 1, spec. nota 1. Con l'effetto ulteriore di rendere nullo ogni legge statale sopravvenuta che di quel contenuto disponga.

[viii] Cfr. Cons. St., III, n. 604 del 2015: "La questione non può essere risolta dal giudice in via meramente interpretativa, assimilando i malati di Alzheimer alla disciplina dei malati psichiatrici prevista dallo stesso d.P.C.M. 29 novembre 2001 - come ha ritenuto di fare il TAR - dal momento che la questione risulta quanto mai dibattuta nelle sedi competenti, che non sono ancora giunte ad una definizione. Pertanto anche in materia di Alzheimer non emergono elementi che accreditino la esistenza di uno specifico livello essenziale nel senso indicato dal TAR, distinto dagli anziani non autosufficienti, pur restando ferma per tutta questa vasta categoria di assistiti la necessità di approfondire la problematica delle prestazioni ad alta intensità come esposto alla fine del successivo punto...".

[ix] E' diversa la condizione di fatto e la ratio della disposizione, e quindi "la disciplina prevista per tale tipologia di pazienti non può estendersi, analogicamente, ai c.d. drug naive." (così Cons. St., III, 15- 2- 2021 n. 1309).

[x] Per tutti v. Cons. St., III, 15- 2- 2021 n. 1309 in materia di riduzione dei LEA: "Nel nostro ordinamento, risulta ormai costituzionalizzato il principio del c.d. equilibrio di bilancio, introdotto nell'art. 81 della Costituzione dall'art. 1 della Legge Costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, entrato in vigore il primo gennaio del 2014 (sul punto T.A.R. Milano, sez. I, 14 dicembre 2018, n. 2798; da ultimo, TAR Piemonte, Sez. I, 14 luglio 2020 n. 465)".

[xi] Emblematico è Cons. St., III, 15- 2- 2021 n. 1309: "E' bene ricordare, infatti, che secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale il diritto alla salute è finanziariamente condizionato (cfr. sentenze n. 355/1993, 267/1998, 509/2000, 248/2011) (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. III, n. 4347/2017); questa Sezione ha già ritenuto che l'art. 32 Cost. non comporta l'obbligo per il SSR di fornire tutti i prodotti esistenti sul mercato per la cura di una determinata patologia: ciò che l'ordinamento garantisce è che la prescrizione sia funzionale alla necessità terapeutica, ma senza che il sistema sanitario sia gravato da oneri aggiuntivi conseguenti alle dinamiche di mercato (Cons. Stato, Sez. III, 30/1/2019 n. 759)".

[xii] Cfr. L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018.

[xiii] Cfr. ALB. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, *Dig. Disc. pubbl.*, Torino, 1987, II, 30 ss.

[xiv] Cfr. L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, ... cit., spec. 265 ss.

26 gennaio 2023

[xv] Cfr. F. MANGANARO; *Politiche di coesione*, in: B. G. Mattarella M. Ramajoli, *Enciclopedia del Diritto - Funzioni amministrative*, Milano, 2022.

[xvi] Si allude all'intervento della Prof.ssa Chiara Cacciavillani.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2721 – 30 marzo 2023

Il diritto al borgo come una delle declinazioni del diritto alla bellezza e come luogo “dell’altrove”*

di Gianpiero Paolo Cirillo

Sommario: 1. le possibili definizioni della bellezza nella teoria generale e nel diritto positivo. - 2. Bellezza e cultura. - 3. Le diverse prospettive di inquadramento e il ruolo delle istituzioni e dei soggetti privati nella conservazione e diffusione della bellezza. - 4. Le diverse concezioni del paesaggio come depositario della bellezza. - 5. Il diritto al borgo e il diritto del borgo: tra bellezza perduta e bellezza trattenuta. - 6. Considerazioni finali.

1. Le possibili definizioni della bellezza nella teoria generale e nel diritto positivo.

Il titolo del convegno “diritto” e “bellezza” consente di giocare con le parole. E quindi i termini si possono variamente comporre: diritto alla bellezza, diritto della bellezza e bellezza del diritto, ad esempio quest’ultima rispetto alla bruttura delle leggi attuali; e che evoca la distinzione tra l’ordine dello *ius* e il disordine della *lex*.

Il diritto alla bellezza compare già da qualche tempo nella letteratura giuridica, dove si tende ad aprire il discorso sulla base della premessa che la bellezza è un concetto non racchiudibile in una formula definitoria certa, al pari della definizione di cultura. In realtà ciascuno di noi dentro di sé conosce gli effetti, definitivi o transeunti, dell’esperienza della bellezza, ma non sa dire cosa sia^[1].

Questo per il giurista non è un gran male, visto che già nel diritto romano si avvertiva della pericolosità delle definizioni giuridiche. Accontentiamoci della empirica distinzione tra la

bellezza soggettiva, legata al gusto di ciascuno, e la bellezza in senso oggettivo, come un insieme di elementi che se rispondono a dati canonici (ad es. armonia) fanno sì che l'oggetto dell'osservatore possa considerarsi 'bello'. Inoltre il concetto di bellezza cambia a seconda del periodo storico preso in considerazione, nonché del luogo e della cultura del popolo che lo abita. Così come diverse sono le forme in cui essa si esprime, basti pensare alle arti, alle lingue, alla letteratura, al paesaggio e al bene culturale^[2].

In ogni caso la definizione, tra quelle proposte, che più sembra soddisfare è quella che vede nella bellezza *“la dimensione antropologica fondamentale per la realizzazione personale dell'individuo e per lo sviluppo complessivo della società”*^[3]. Tale definizione postula l'esistenza di una dimensione individuale e una dimensione collettiva della bellezza.

Quindi se ne devono occupare il diritto privato e il diritto pubblico.

È utile ricordare che il diritto è morfologia della prassi e persegue fini pratici, per cui si prescinde dalle concezioni filosofiche e dalla logica astratta. Questo ci consente di affermare che al centro del sistema che alla bellezza, direttamente o indirettamente, si richiama, si pone l'attività giuridica delle persone fisiche e dei poteri pubblici e privati.

Il diritto soggettivo, ma anche l'interesse legittimo, sono entrambi delle categorie storiche con cui il giurista vuole indicare un interesse materiale giudicato meritevole dall'ordinamento (art. 1322 cod. civ.), che lo delata, dandogli protezione giuridica. Ad esempio, ed è particolarmente calzante, l'art. 12 del Codice dell'ambiente e del paesaggio, espressamente contempla la verifica dell'“interesse culturale” da parte del Ministero dei beni culturali.

Non si rinvengono norme che espressamente contemplino un diritto individuale o collettivo alla bellezza.

La Costituzione, all'art. 9, anche nella versione recentemente riformata, non usa il vocabolo 'bellezza', nonostante abbia dato dignità altissima a concetti provenienti dalle dottrine ecologiste, come l'ambiente, le future generazioni, lo sviluppo sostenibile e gli animali. Parimenti il riformato art. 41 -nell'inserire, accanto all'utilità sociale, la salute, l'ambiente, la sicurezza, la libertà e la dignità umana, quali nuovi limiti all'iniziativa economica privata- non stabilisce espressamente che l'iniziativa economica non deve andare a detrimento della bellezza delle cose e dei luoghi.

Tuttavia se lo si guarda alla luce della tutela della bellezza, per come cercheremo di definirla, gli si fornisce il vero senso di come debba essere interpretato, ossia non solo come una disposizione che impone di tutelare e valorizzare cose culturali, ma anche di salvaguardare l'interesse dei consociati a trarre da essi gli effetti emozionali che solo la bellezza può dare. Inoltre la collocazione nella medesima disposizione della promozione della cultura, unitamente alla ricerca scientifica e tecnica, tutela non solo la bellezza che deriva da ciò che è stato, ma anche quella che deriverà da ciò che sarà.

Il vocabolo 'bellezza', di cui già parlavano le giustamente famose leggi Bottai del 1939 ma anche la legge Croce n. 778 del 1922, compare a più riprese nell'art. 136 del d. l.vo 22 gennaio 2004, n. 42 (il già ricordato codice dei beni culturali e del paesaggio), laddove nello stabilire i criteri per l'individuazione dei beni paesaggistici, usa espressioni come 'cospicui caratteri di bellezza naturale', 'non comune bellezza' e 'bellezze panoramiche'.

A livello comunitario, va ricordata la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società (Convenzione di Faro, dalla città portoghese dove è stata stipulata il 27 ottobre del 2005, sottoscritta dall'Italia nel 2013 e finalmente ratificata con la legge 1 ottobre 2020, n. 133). In forza di essa si riconosce che *“il diritto al patrimonio culturale è inerente al diritto a partecipare alla vita culturale, così come definito nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo”* affermando altresì *“una responsabilità individuale e collettiva nei confronti del patrimonio culturale”*. Inoltre stabilisce che *“la conservazione del patrimonio culturale, ed il suo uso sostenibile, hanno come obiettivo lo sviluppo umano e la qualità della vita”* e che *“il patrimonio culturale è un insieme di risorse ereditate dal passato che le popolazioni identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione”*. Infine *“l'esercizio del diritto al patrimonio culturale può essere soggetto soltanto a quelle limitazioni che sono necessarie in una società democratica, per la protezione dell'interesse pubblico e degli altri diritti e libertà”*.

Quindi i dati normativi immettono direttamente l'interprete nel campo cui rinvenire un possibile diritto alla bellezza, ossia i beni culturali e il paesaggio, nonostante l'assorbimento di quest'ultimo nell'ambiente latamente inteso. Con l'avvertenza che il diritto alla bellezza delinea un campo più largo.

2. Bellezza e cultura.

Fare della bellezza l'oggetto di un diritto postula l'esigenza di individuare, oltre al già visto interesse protetto, sia i soggetti che ne sono titolari sia il suo contenuto; il che poi consente di classificarlo tra le varie tipologie dei diritti, individuali sociali dominicali personali di godimento e così via.

Il punto nodale è stabilire il rapporto tra cultura e bellezza, che non sembrano essere la stessa cosa, a meno che non si voglia ritenere che vi sia una perfetta identità per cui la bellezza sarebbe sinonimo di cultura e viceversa. E così il discorso si potrebbe chiudere, concludendo che la bellezza sia l'espressione enfatica *“del diritto al patrimonio culturale”*, che è l'unico diritto che viene contemplato dai testi normativi sovranazionali. In effetti il patrimonio culturale è naturalmente predisposto ad attivare il sentimento della bellezza.

Si è già fatto cenno all'elemento comune, ossia l'indeterminatezza di entrambi i concetti. Non pochi anni fa, nell'occuparmi della cultura nell'ordinamento giuridico interno ed europeo, e in particolare di come i poteri pubblici l'avessero da sempre assunta tra le proprie finalità essenziali, si arrivò alla conclusione che fosse vero quanto autorevolmente sostenuto da Giannini, ossia che un testo normativo non può adottare predefinizioni o nozioni extragiuridiche totalizzanti. Sicché esso *“non può che accettare una nozione del tutto empirica di cultura, ossia quella espressa dalla locuzione di complesso di manifestazioni della vita intellettuale”*^[4].

Tuttavia delle varie nozioni che mi capitò allora di leggere quella che più si avvicina all'essenza della definizione l'ha fornita Giovanni Paolo II, ossia che *“la cultura è ciò per cui l'uomo in quanto uomo diventa più uomo”*^[5].

Quindi entrambi i concetti impingono nella dimensione antropologica fondamentale dell'individuo, di cui si è detto. Bellezza e cultura si saldano nell'immanente umanità dell'uomo.

Si può azzardare l'ipotesi che l'ambito occupato dalla cultura sia più ampio rispetto a quello occupato dalla bellezza e che la prima è in funzione, non esclusiva, della seconda. La cultura della persona deve contenere in sé anche la predisposizione a fruire della bellezza del mondo che ci circonda, poiché essa realizza appieno le parti più profonde della personalità e quindi dell'intera società umana (art. 2 della Costituzione).

In questo processo un ruolo fondamentale deve essere svolto dall'educazione scolastica e familiare, che non può limitarsi a sviluppare solamente le facoltà conoscitive della persona, ma anche quelle emotive. In altri termini deve educare anche alle sane emozioni derivanti dalla bellezza, aggiungendo così vita alla vita. Questo entra in connessione con "l'altrove", ad esempio, della grande poesia leopardiana (oltre la siepe). Ma pare che tutti i veri poeti in quanto tali siano calati nell'altrove (ivi compresa la vita o il nulla che verranno dopo la morte), che è la dimensione naturale della poesia.

E le istituzioni culturali, pubbliche e private, debbono rimuovere tutti gli ostacoli che si frappongono allo sviluppo sincronico della mente e del cuore della persona (art. 3 della Costituzione). Se esiste, come sembra, un diritto al patrimonio culturale (ossia alla bellezza che da esso deriva) esiste anche la responsabilità di ciascun individuo e dei poteri pubblici e privati qualora esso venga in vario modo pregiudicato[6].

Dalle considerazioni svolte pare che il contenuto del diritto alla bellezza sia costituito dal patrimonio culturale (in cui la stessa legge include anche il paesaggio) identificativo della storia e della civiltà di un popolo e che sicuramente provoca, in maniera quasi naturale secondo l'ordinamento, in chi ne goda l'emozione della bellezza. Tuttavia, come avvertito, il diritto alla bellezza ha una portata più ampia, ossia ha una vocazione universale, visto che ciascuno può rinvenire il sentimento della bellezza ovunque essa si trovi, pretendendone rispetto.

3. Le diverse prospettive di inquadramento e il ruolo delle istituzioni e dei soggetti privati nella conservazione e diffusione della bellezza.

Ma torniamo al terreno più sicuro del sistema legislativo.

Come per la cultura e la scienza, l'ordinamento giuridico prende in considerazione la bellezza almeno da tre angolature diverse: la prima, in cui cerca di definire e delimitare gli ambiti di operatività degli apparati pubblici rispetto all'attività che prende in considerazione l'interesse, appuntato sui beni culturali e il paesaggio, alla bellezza; il secondo, in cui tenta di proteggere tutto ciò che è depositario di bellezza, regolandone lo scambio e la fruizione, secondo trame molto complesse; il terzo, in cui, partendo dalla naturale vocazione universale della bellezza, tenta di radicare una sorta di diritto collettivo alla fruizione delle bellezze. Sicché tutto ruota intorno ai tre protagonisti di siffatte attività, ossia l'apparato pubblico, l'operatore e i movimenti culturali, il fruitore dell'attività culturale in senso lato.

In questa sede, si può solamente osservare come la Costituzione (art. 118, 4 comma), laddove stabilisce che “*Stato, Regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*”, privilegia la sussidiarietà orizzontale rispetto a quella verticale. Apre così alla partecipazione dei privati nell’amministrazione dei beni culturali, naturalmente predisposti a produrre bellezza, fornendo una importante direttrice nella valorizzazione del patrimonio culturale, che va oltre il confine dei cosiddetti “servizi aggiuntivi”, di cui tanto si discuteva negli ambienti ministeriali degli anni ’90 (si pensi che allora il prezzo del biglietto per entrare nei musei era considerata una tassa). È utile ricordare l’art. 151, comma 3, del codice dei contratti pubblici del 2016, che non pare toccato dalla imminente riforma del settore, consente di attivare forme speciali di partenariato con enti e organismi pubblici per ottenere il recupero, il restauro e la manutenzione programmatica dei beni culturali immobili, attraverso procedure semplificate.

Vi è una chiara scelta di garantire le libertà sociali, che debbono sopravvivere ai criteri rigidamente economicistici talvolta imposti dalle pubbliche amministrazioni. Non va tuttavia dimenticato che anche il diritto sociale alla bellezza ha dei costi e che i cittadini debbono essere educati a sopportare il ricorso alla fiscalità generale per garantire tale diritto, che non ha una dignità inferiore agli altri diritti fondamentali della persona^[7].

Alla fine anche questo implica l’esercizio di una cittadinanza attiva e inclusiva. A tal proposito è utile segnalare come il problema dell’accoglienza e dell’inclusione nel suo rapporto con la cittadinanza non è estraneo al tema della bellezza, data la sua portata universale basata su un concetto metagiuridico quale *l’humanitas*. Studiosi autorevoli del diritto romano hanno a lungo dibattuto il tema se la struttura della *civitas* avesse carattere escludente o includente presso l’Impero romano^[8].

Da parte degli studiosi più attenti viene segnalata la necessità di istituire un vero e proprio sistema nazionale per la bellezza^[9], che vede protagonisti i soggetti pubblici e privati, che possono utilizzare gli schemi organizzativi previsti dal diritto pubblico dell’economia. Una più meditata attenzione da parte del legislatore andrebbe rivolta alle attività culturali e dello spettacolo, ivi compresi i luoghi frequentati in passato da uomini di cultura (si pensi alle trattorie storiche), la cui disciplina è rimasta fuori dal codice dei beni culturali e del paesaggio, che si distacca dalle dizioni contenute in precedenti testi normativi, dapprima il d.P.R. n. 616 del 1977, indi l’art. 148 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, abrogato dallo stesso, che presentavano aperture anche verso beni immateriali, inserendo in un unico elenco tanto i “beni culturali”, quanto le “attività culturali”, intendendosi per tali quelle “rivolte ad affermare e diffondere espressioni della cultura e dell’arte” (lettera f): ne emerge una certa incertezza sul piano della sistemazione concettuale.

In questo possibile disegno i beni culturali, il paesaggio e tutto quanto possa contenere in sé l’interesse alla bellezza sono da considerarsi beni comuni, che sfuggono alla logica dominicale e vanno considerati per il loro valore d’uso. Tanto più che i beni comuni sono stati attratti dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell’alveo degli artt. 2 e 3 della Costituzione; e quindi sono strumenti per la realizzazione della personalità umana e tutti debbono potervi accedere^[10].

4. Le diverse concezioni del paesaggio come depositario della bellezza.

Il tema prescelto impone alcune brevi considerazioni sul paesaggio.

Esso viene incluso dal Codice sui beni culturali e del ‘paesaggio’ (appunto), al pari del Testo unico del 1999, nel patrimonio culturale, nel quale dunque rientrano (art. 2) *“gli immobili e le aree indicati all’art. 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge”*.

In attuazione dell’art. 9 della Costituzione e sulla scia della Convenzione europea del paesaggio (20 ottobre 2000), il codice individua l’oggetto della tutela e della valorizzazione nel “paesaggio”, termine con il quale si intende *“il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall’azione di fattori naturali, umani e dalle reciproche interrelazioni”* (art. 131). E tale tutela è relativa *“a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell’identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali”*.

Dalle espressioni usate dal legislatore risulta evidente il passaggio dall’originaria impostazione estetizzante delle leggi del 1939 a quella attuale, dove diventano centrali i valori che il paesaggio esprime quali *“manifestazioni identitarie percepibili”* per arrivare poi, a seguito della modifica dell’art. 131 del codice nel 2008, alla nozione di paesaggio come *“identità estetica dei luoghi, che siano lo specifico “carattere distintivo” di quel territorio.*

Nell’attuale dibattito dottrinario si tende a distinguere la categoria dei beni paesaggistici (aree naturali caratterizzate da singolarità geologica; aree ecologiche di particolare rilievo naturalistico; paesaggi artificiali) da quella dei beni di tipo urbanistico (comprendente le strutture urbanistiche “urbane” ma anche delle campagne). Va da sé che la prima categoria, in cui risultano evidenti le concezioni delle leggi della prima parte del secolo scorso, per fortuna continua ad avere un suo contenuto e la legge non può che andare nel senso della sua conservazione. Tuttavia, per numero e importanza, la seconda categoria è diventata centrale poiché essa costituisce la forma del territorio creata dalla comunità umana che vi è insediata ed evoca la continua interazione della natura e dell’uomo, come forma dell’ambiente. Sicché la conservazione e la tutela riguardano lo stesso ambiente naturale così come modificato dall’uomo, che è intervenuto nelle varie epoche storiche sull’intero territorio nazionale, per cui si rende necessario individuare quali parti dell’opera modificativa dell’uomo siano espressioni delle civiltà che si sono succedute, che poi sembrano ridursi, ma non è poco, alla civiltà contadino-artigianale e a quella industriale. E il criterio che si ispira alla bellezza può essere una guida infallibile in tale opera di identificazione.

Nell’alveo del paesaggio vanno ricondotti anche la flora e la fauna poiché anch’esse concorrono a formare l’ambiente in cui vive e agisce l’uomo.

In conclusione, sembra sia prevalsa la concezione socio-antropologica del paesaggio da includere nell’ambiente, soprattutto per effetto degli studi da tutti apprezzati di Alberto Predieri^[11]. Tuttavia la legge non ha dimenticato le bellezze naturali delle leggi del 1939, da conservare e godere. Però è penetrata nelle dottrine e nella giurisprudenza l’idea che paesaggio da custodire e valorizzare sia tutto ciò è stato costruito dagli uomini e che il trascorrere del tempo storico l’ha reso espressivo di un mondo che non c’è più, ma che è ancora in grado sia di raccontare la piccola e la grande storia dei singoli e delle comunità sia

di emozionare i contemporanei, che è poi l'essenza della bellezza. In altri termini la bellezza non è solo contemplazione estatica dei luoghi e delle cose, ma soprattutto un modo di vivere.

5. Il diritto al borgo e il diritto del borgo: tra bellezza perduta e bellezza trattenuta.

In questo quadro si inserisce il diritto al borgo.

I diritti sociali nascono da un bisogno che chiede di essere soddisfatto.

Nel nostro caso sia il bisogno sia il diritto sono dati *“dalla situazione sulla base della quale i cittadini delle aree interne intendono riscattarsi dalla loro precaria condizione di vita locale rivendicando la pari dignità con le aree più sviluppate, nell’ottica di riappropriarsi della città, dei suoi spazi comuni oramai abbandonati, dei suoi luoghi di aggregazione non più frequentati, delle bellezze culturali trascurate; diritto, questo, la cui duplice dimensione allo stesso tempo, soggettiva e collettiva, ha finito per trascendere ad uno stadio in qualche modo più oggettivo, riferendosi ad una condizione che più che riguardare l’individuo in se, ha preso di mira il luogo in cui la comunità insediata, facendo sì che dal ‘diritto al borgo’ si passasse al ‘diritto del borgo’, chiaramente calibrato sui piccoli centri urbani di periferia. Così, partendo dalla posizione sociale e giuridica degli individui, si è preso atto del fatto che il centro di imputazione degli effetti delle iniziative intraprese non dovesse più essere il cittadino in sé ma il luogo in cui si dispiega la sua personalità, nella consapevolezza che tutelando le esigenze emergenti dei piccoli borghi si accorderebbe comunque protezione, seppur di riflesso, alla comunità insediata. In questa direzione, dunque, il ‘diritto al borgo’ si traduce in una sorta di diritto ad esistere e a contare nello scacchiere territoriale italiano, il che implica l’adozione di una serie di attività volte ad assicurare la rivitalizzazione e la rigenerazione, seppur in sintonia con i valori ambientali e culturali territorialmente espressi e le insite prospettive di turismo”*^[12].

Si è voluto riprodurre fedelmente la felice definizione del diritto al borgo rinvenuta nell’interessante approfondimento di Di Mauro per la sua precisione e completezza.

In esso si avverte l’eco del c. d. diritto alla città, di cui si parla la New Urban Agenda, firmata a margine della terza Conferenza delle Nazioni Unite sulle città sostenibili e gli insediamenti urbani, tenutasi a Quito il 7 ottobre 2016, in cui si fa riferimento all’uguaglianza nell’uso della fruizione delle città e gli insediamenti urbani da garantire a tutti gli abitanti, presenti e futuri, senza discriminazioni.

Anche se non si può non segnalare il momento terribile che stanno attraversando i centri storici delle nostre città, che è quello *“delle saracinesche abbassate, delle insegne luminose spente, dei vetri appannati e degli scatoloni accatastati”*^[13].

Per capire meglio di cosa stiamo parlando, è utile ricordare che dottrina autorevole^[14] suddivide i borghi italiani in tre categorie a seconda del diverso processo di antropizzazione che li ha caratterizzati, ossia gli insediamenti storici intrappolati nell’espansione edilizia e nell’agricoltura industrializzata; gli insediamenti storici abbandonati per ragioni naturali (si pensi alla bellissima Roscigno vecchia nel Cilento); i nuovi centri abitativi trasfigurati dal recupero omologante del turismo.

Le caratteristiche comuni di tutte e tre le tipologie sono spesso costituite dal deterioramento del patrimonio abitativo, dal degrado e dall'incuria manutentiva del patrimonio storico artistico, dall'impoverimento del tessuto produttivo, dall'isolamento e lo spopolamento.

Dagli studi dell'Istat (rapporto sul territorio del 2020) i comuni ricompresi nelle aree interne sono pari al 51,4% del totale e rappresentano il 21,9% della popolazione e circa il 60% della superficie nazionale. Si registrano alti livelli di spopolamento e fragilità demografica. Il numero delle persone che vivono stabilmente nei comuni delle aree interne si è ridotto di circa 250.000 unità e l'indice di vecchiaia del 2019 è superiore alla media nazionale in tutte le ripartizioni, con un picco nel nord-ovest. Questo è la conseguenza sia dell'aumento della popolazione anziana, sia della diminuzione di quella giovanile, aggravando lo squilibrio generazionale e minando la sostenibilità della popolazione.

Bisogna riconoscere che vi sono state varie iniziative normative per risolvere la questione delle aree interne del paese. Forse quella dove si rinviene la maggiore consapevolezza del problema riguarda il Piano di ripresa e resilienza (PNRR), che ha tentato di cogliere l'occasione per rilanciare e sviluppare il programma *Next Generation Eu* (NGEU) dell'Unione Europea, con la mobilitazione di circa 2,1 miliardi di Euro nei prossimi cinque anni. A riprova che i piccoli borghi sono considerati centrali nell'economia territoriale italiana.

Esso è in linea con le iniziative legislative degli ultimi anni. Le più importanti sono state: a) la fondamentale legge "piccoli comuni" o "salva borghi" (L. n. 158/2017) per il sostegno e la valorizzazione dei piccoli comuni e per la riqualificazione e il recupero dei centri storici; b) le politiche di coesione attuate dalla Strategia Nazionale per le Aree Interne; c) le politiche del Ministro della cultura che ha istituito nel 2017 l'Anno dei Borghi; d) le numerose leggi regionali in materia urbanistica.

Il PNRR ha anche previsto alcune misure specifiche in tema di rigenerazione sociale e culturale dei piccoli siti storici, con l'obiettivo di arginare il fenomeno di marginalizzazione delle aree interne e di correggere i flussi turistici in atto. È importante sottolineare come i flussi turistici debbono assumere nuove forme (c. d. turismo culturale) teso a valorizzare molti altri luoghi pressoché sconosciuti ma che hanno un grande valore culturale, senza impoverire quelli più frequentati.

Diffondere la cultura dei piccoli borghi storici significa attrarre flussi turistici, che a sua volta produce sviluppo economico, ossia nuove iniziative imprenditoriali e creazione di nuova occupazione.

Le dottrine urbanistiche però insistono sulla necessità di coordinare le attività, sviluppando la leale collaborazione tra i diversi livelli territoriali di governo nella decisione ed attuazione degli interventi da realizzare, senza dimenticare il coinvolgimento delle comunità territoriali di riferimento. Questo era mancato nell'attuazione della ricordata legge sui piccoli borghi (la già richiamata L. n. 158/2017), che non prevede un particolare coinvolgimento delle autonomie locali nella fase decisoria.

È importante ricordare come sia necessario promuovere la più ampia partecipazione dei privati sia nella fase della progettazione sia in quella della esecuzione, in attuazione dei ricordati artt. 118 della Costituzione e della Convenzione di Faro sul valore del patrimonio culturale per la società umana.

Si sono volute fornire queste disordinate e molto parziali informazioni al fine di poter dare una certa sostanza al diritto al borgo, che alla luce di quanto esposto all'inizio diventa una sorta di meta-diritto o di diritto-meta, come pure è stato segnalato in dottrina.

Va da sé che se l'altrove è anche uno spazio giuridico, il borgo, proprio per il particolare regime che ne connota i tratti, si inserisce a pieno titolo tra quelle cose che il diritto deve proteggere, favorendo la dimensione emozionale e sentimentale delle persone che in qualche modo si sentono coinvolte.

In altri termini anche tale diritto, alla luce del riformato art. 9 della Costituzione, si inserisce appieno nel diritto alla bellezza e ne costituisce una declinazione importante. E questo proprio perché ha una valenza sociale e individuale al tempo stesso. Infatti anch'esso consente di considerare in maniera unitaria il passato il presente e il futuro. Nel passato rientra il patrimonio artistico e storico, nel presente il paesaggio l'ambiente la biodiversità e l'ecosistema, nel futuro la cultura la ricerca tecnico-scientifica e le future generazioni.

6. Considerazioni finali.

Le conclusioni che si possono trarre, per fermarsi al diritto al borgo, non possono che avere ad oggetto la pluralità dei bisogni che ne costituiscono il fondamento. C'è il bisogno di coloro che sono restati, quasi mai per scelta; il bisogno di coloro che sono andati via senza mai dimenticare il teatro della loro giovinezza, e che vorrebbero tornare per poco o per sempre (si parla di "turismo delle radici"); il bisogno di chi, stanco della vita estraniante della grande città, vorrebbe vivere in un piccolo borgo che però non sia un museo delle porte chiuse, come è stato definito l'attuale stato dei paesi^[15], bensì un luogo di armonia e bellezza. Per soddisfare questo bisogna costruire una economia locale che dia lavoro e possibilità di scambio culturale; cosa sempre più difficile nell'economia globale, che è sempre più omologante. L'omologazione tende a distruggere la bellezza, poiché, annullando le differenze create dalla storia, elimina la diversità di ciascuno di noi che deve esserci nonostante si viva lo stesso tempo storico.

L'imperatore Adriano si sentiva responsabile della bellezza del mondo. Gli attuali governanti debbono quantomeno sentire che la rigenerazione dei piccoli borghi è una necessità storica per la valorizzazione attiva di una parte fondamentale del nostro patrimonio storico-culturale e per contribuire a restituire a tutti noi una vita più umana.

*Relazione tenuta al convegno "*Diritto e Bellezza. Verso l'altrove*", VII dialogo tra giuristi, Ravello, 23-24 marzo 2023. Nelle more della pubblicazione degli atti del convegno, la Rivista anticipa la pubblicazione del presente scritto per gentile concessione dell'Autore.

[1] Agostino, *Le confessioni*, 14-17, dove il concetto viene espresso a proposito del tempo. Ma si veda anche C. Rovelli, *L'ordine del tempo*, Adelphi, 2017, dove la nozione del tempo diventa un fatto scientifico concreto.

[2] A proposito dell'arte, si veda V. Trione, *L'opera interminabile. Arte e XXI secolo*, Milano, 1983, 2019.

[3] La definizione è di M. A. Cabiddu, Diritto alla bellezza, in Rivista AIC, fasc. n. 4, 2020, p. 368. Sulla medesima scia si muove il volume A.A. V.V. Le arti e la dimensione giuridica, curato da O. Roselli, Bologna, 2020. Per il rapporto del diritto con la musica si veda il classico S. Pugliatti, L'interpretazione musicale, Messina, 1938, ma anche il recente E. Picozza, Scritti vari su musica e diritto, E. S. 2022. Il rapporto tra diritto e letteratura è indagato nella trilogia, Giustizia e letteratura, a cura di G. Forti, C. Mazzucato, A. Visconti, Milano, voll. I, II e III 2012-2014-2016.

[4] Si vedano i fondamentali scritti di M. S. Giannini, I beni culturali, in Riv. Trim Dir. Pubbl., 1976, p. 1026 e Sull'art. 9 della Costituzione, in Scritti in onore di A. Falzea, II, Milano, 1991, p. 435. ss; F. Santoro-Passarelli, I beni della cultura secondo la Costituzione, in A.A.V.V.. Studi per il XX anniversari dell'Assemblea Costituente, II, Firenze, 1969, 430 ss. Per una visione d'insieme con la scienza e la tecnica, G. P. Cirillo, Sistema istituzionale di diritto comune, Cedam, II edizione, 2021, p. 358-373.

[5] Discorso tenuto all'Unesco a Parigi il 2 giugno 1980, sviluppando concetti già contenuti nella Costituzione pastorale *Gaudium et Spes*, artt. 53-62).

[6] M. Luciani, Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini, in Astrid Rassegna, n. 3, p. 1673 ss.

[7] Si rinvia alle interessanti considerazioni svolte da I. Baldriga, Diritto alla bellezza. Educazione al patrimonio artistico, sostenibilità e cittadinanza, Le Monnier Università, 2018.

[8] A. Palma, *Civitas Romana, civitas mundi*. Saggio sulla cittadinanza romana, Giappichelli, 2020, p. 57; In senso opposto G. Valditara, *Civis Romanus sum*, Torino, 2018.

[9] M. A. Cabiddu, op. cit., p. 383 ss.

[10] G.P.Cirillo, op cit, p. 342 ss.

[11] A. Predieri, Urbanistica, Tutela del paesaggio, Espropriazione, Milano, 1969, p. 152 ss.; G. Berti, Problemi giuridici della tutela dei beni culturali nella pianificazione territoriale regionale, in Riv. Amm. Rep. It, 1973, p. 619 ss.; P. Carpentieri, Paesaggio, urbanistica e ambiente. Alcune riflessioni in occasione del centenario della legge Croce n. 778 del 1922, in WWW. Giustizia amministrativa.it.; G. Montedoro, La concezione crociana del paesaggio, in corso di pubblicazione, per i tipi della Editoriale Scientifica, in un volume a cura del Prof. Iannello. Ma sul tema esiste una letteratura assai vasta.

[12] Biagio G. Di Mauro, Il diritto dei borghi nel PNRR: verso una stagione di rigenerazione urbanisticamente orientata alla conservazione e allo sviluppo dei valori locali, in Urb. e Ap. n. 4/2022, p. 458-471.

[13] W. Veltroni, Le nostre città da curare, in Corriere della Sera del 10 marzo 2023. Peraltro, come già scriveva lo studioso risorgimentale, antesignano del federalismo, Carlo Cattaneo nella sua opera del 1858, "*La città considerata come principio ideale delle istorie italiane*", "*Talora il territorio rigenera la città distrutta*".

[14] P. L. Cervellati, La sorte dei piccoli centri storici: abbandonati, trasfigurati, turisticizzati. Minori e maltrattati, in Bollettino Italia Nostra, 2009 p. 445: Si veda anche il più recente G. A. Primerano, Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana, Editoriale Scientifica, p. 219 ss., dove si ritiene che la rigenerazione urbana sia l'unica alternativa sostenibile al consumo di suolo.

[15] F. Arminio, Museo delle porte chiuse, comunitaprovvisoria.wordpress.com.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2674 – 23 febbraio 2023

Abusi edilizi e criterio della *vicinitas*. L'interesse al ricorso del terzo avverso provvedimenti edilizi tra prerogative proprietarie e tutela dell'interesse legittimo (Cons. St., Sez. II, 17 ottobre 2022 n. 8841)

di Maria Grazia Della Scala

Sommario: 1. La vicenda. L'abuso edilizio e il controverso interesse al ricorso del terzo. – 2. Il requisito della *vicinitas* tra legittimazione al ricorso e interesse ad agire. – 3. La rinuncia all'azione. – 4. L'azione di annullamento come azione risarcitoria. – 5 La pretesa *compensatio lucri cum damno* come criterio di determinazione delle condizioni dell'azione. – 6. La dimensione sostanziale dell'interesse legittimo.

1. La vicenda. L'abuso edilizio e il controverso interesse al ricorso del terzo.

La recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. II, n. 8841/2022, torna ad occuparsi dell'annoso tema dell'interesse al ricorso in capo al terzo avverso decisioni dell'amministrazione in materia urbanistico-edilizia, riguardando il caso, apparentemente semplice nell'ambito delle teorizzazioni sul requisito della *vicinitas*, di ricorso proposto dal proprietario confinante, oltre che comproprietario della parte comune interessata dall'intervento edilizio. Nega tuttavia tale interesse, con riflessioni dense d'interesse.

La vicenda in esame prende le mosse dalla realizzazione da parte di un proprietario - condomino di un intervento edilizio in una porzione di sottotetto di proprietà comune, consistente in un bagno, un disbrigo, due ripostigli e una scala di collegamento interna con il suo appartamento sottostante; tale intervento in parte sovrastava l'appartamento di altra

condomina, la quale segnalava al Comune l'abusività delle opere, sollecitando l'esercizio dei relativi poteri sanzionatori.

Il Comune ordinava all'autore la rimessione in pristino dei luoghi stante l'assenza di titolo abilitativo per l'intervento realizzato; successivamente, gli negava la concessione in sanatoria, per carenza di un idoneo titolo di proprietà (con decisione non censurata dal TRGA di Trento: sent. n. 361/2014). A seguito di ulteriori due provvedimenti di diniego di concessione in sanatoria, il Comune ordinava nuovamente, a distanza di circa nove anni dalla precedente ordinanza, la rimozione delle opere realizzate qualificandole come "consistenti in occupazione con cambio di destinazione d'uso di una porzione di sottotetto condominiale...". Tale provvedimento, diversamente dal precedente, richiamando un parere della Commissione edilizia che non ravvisava contrasto con rilevanti interessi urbanistici, consentiva, in alternativa alla rimessione in pristino, la fiscalizzazione dell'abuso.

Tale ultimo atto veniva impugnato dall'interessata, deducendosi violazione dell'art.129, commi 1, 3 e 5 della legge provinciale n. 1/2008, la quale, a fronte di nuove opere realizzate in assenza di titolo abilitativo, non consentono l'applicazione della sanzione pecuniaria^[1].

Il giudice di prime cure respingeva l'eccezione di inammissibilità avanzata dal Comune resistente e dal controinteressato per la carenza di legittimazione e/o di interesse al ricorso, motivando ampiamente in relazione alla sussistenza delle condizioni dell'azione.

Riconosceva pacifica la legittimazione al ricorso in ragione della *vicinitas*, non reputandosi revocabile in dubbio la sussistenza di quella posizione particolarmente "qualificata e differenziata (avente consistenza di interesse legittimo), correlata al bene della vita oggetto di esercizio del pubblico potere, idonea a distinguere il ricorrente da ogni altro consociato" (richiamando Cons. St., ad plen. n.3/2022). D'altra parte, aderendo alla teorica distinzione tra legittimazione e interesse al ricorso, ammetteva che la situazione di fatto idonea a radicare la legittimazione consentisse, nel caso di specie, di ricavarvi parimenti quel *vulnus* che fonda l'interesse all'azione.

L'individuazione dell'attualità e concretezza della lesione della situazione giuridica soggettiva non veniva considerata, nel caso di specie, esclusa dal risarcimento già ottenuto dalla ricorrente in sede civile. Osservava il giudice di primo grado, anzitutto, come si fosse trattato di una soddisfazione solo parziale, commisurata alla diminuzione di valore di mercato dell'immobile di proprietà dell'interessata in ragione dell'abuso, oltre al riconoscimento di una esigua somma per crepe e fessurazioni determinate dal maggior carico edilizio. Nessun ristoro – che sarebbe stato di ben altra consistenza – la medesima aveva ottenuto quale comproprietaria dell'area occupata dalle nuove opere. Il giudice civile non aveva invero deciso sulla domanda di ordine di rimessione in pristino stante la proprietà condominiale, e non sua esclusiva, delle porzioni di sottotetto interessate dall'intervento.

Rileva soprattutto come il TAR abbia riconosciuto l'interesse ad agire della ricorrente per la rimozione dell'atto amministrativo altresì considerando quest'ultima eterogenea rispetto ai rapporti civilistici conosciuti dal giudice ordinario. Il ricorso veniva quindi ritenuto fondato nel merito.

La decisione di appello ribalta la sentenza di primo grado, accogliendo il motivo dedotto di erroneità della pronuncia in ordine all'ammissibilità del ricorso. Comune al giudice di prime

cure è l'idea della necessaria distinzione tra le condizioni dell'azione, ammettendosi in ragione della *vicinitas* l'immediatezza del riconoscimento della legittimazione ad agire in capo al proprietario confinante, laddove l'interesse al ricorso è identificato con lo specifico pregiudizio derivante dall'intervento e di cui il terzo invocava la rimozione attraverso gli effetti ripristinatori e conformativi del giudicato di annullamento.

Nel caso in esame il Consiglio di Stato ritiene non configurarsi tale interesse, osservando che la ricorrente in primo grado avrebbe già ottenuto il risarcimento del danno derivante dalle opere realizzate; che tale risarcimento avrebbe conseguito sul presupposto della conservazione delle opere, implicitamente consentendola per il fatto stesso di aver accettato il risarcimento; che il risultato ultimo cui aspirerebbe l'interessata sarebbe dunque il cumulo tra "il già conseguito risarcimento per equivalente e il risarcimento in forma specifica mediante riduzione in pristino", da negare al fine di scongiurare che il dualismo delle giurisdizioni si risolva in uno "strumento di locupletazione" volto a ottenere ciò che è precluso in un'unica azione, ovvero appunto la sommatoria di risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente.

Si osserva che il giudice di primo grado avrebbe pretermesso la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo, comune al diritto soggettivo, e non riducibile a interesse alla legittimità dell'azione amministrativa.

2. Il requisito della *vicinitas* tra legittimazione al ricorso e interesse ad agire.

Nessuna questione problematica pone anzitutto la considerazione, condivisa dai giudici dei due gradi, circa la sussistenza in capo all'interessata della legittimazione al ricorso in ragione della titolarità di un di un interesse legittimo asseritamente leso, stante il requisito della *vicinitas*; soluzione che appare anzi lapalissiana a fronte non solo della contiguità spaziale - anzi adiacenza - tra opere abusive e proprietà dell'interessata, ma anche della comproprietà dell'area riguardata dall'intervento. E' noto come la *vicinitas*, quale criterio di individuazione di una situazione giuridica soggettiva idonea a legittimare l'azione davanti al giudice amministrativo, sia andata nel tempo dilatandosi, incrementando le possibilità di tutela avverso atti amministrativi, in genere ampliativi, destinati a produrre i propri effetti tipici nella sfera giuridica altrui[2]. La negazione della legittimazione del terzo[3] appariva invero inadeguata sia a frenare la deturpazione del territorio dovuta a illegittimità diffusa, sia a proteggere interessi che, per la relativa consistenza, non pareva potessero essere ritenuti estranei alla considerazione da parte dell'ordinamento. La successiva estensione a una platea progressivamente più ampia di individui - in ragione della "prossimità del sito" prescelto per la realizzazione dell'intervento o dello "stabile o significativo collegamento con l'insediamento abitativo", con il contesto territoriale nel quale si realizzava l'intervento - era la risposta più immediata all'audace previsione del legislatore del 1967 che con la l. n. 765 (art. 10), di modifica dell'art.31 della L.U. n. 1150/1942, aveva attribuito a "chiunque" la possibilità di ricorrere avverso titoli edilizi illegittimi. Tale soluzione interpretativa[4], volta a scongiurare l'affermarsi di quell'azione popolare[5] che sarebbe stata idonea a far lievitare il contenzioso e che era percepita come incoerente con la giurisdizione di tipo soggettivo propria del giudice amministrativo, non era tuttavia condivisa da unanime dottrina[6]. Voci autorevoli intendevano la norma di legge piuttosto in modo aderente alla sua lettera, sia pur circoscrivendone la portata secondo ragionevolezza[7], come manifesta e aspirata intenzione

di reprimere efficacemente, appunto, il dilagante abusivismo e le non rare illegittimità amministrative[8].

La legittimazione comunque così conformata dal giudice amministrativo quale dilatazione dell'interesse legittimo, tende ad assorbire interessi una volta considerati diffusi[9], in tendenziale corrispondenza con il progressivo incremento degli interessi individuali protetti dall'ordinamento[10]. Si produce così il suo sviluppo: dalle impugnazioni di titoli edilizi a quelle di strumenti urbanistici[11], di atti di localizzazione di opere pubbliche, discariche di rifiuti, stazioni radio, ecc., infine di autorizzazioni commerciali e abilitanti l'esercizio di attività economiche, traducendosi la *vicinitas* nell'appartenenza al "bacino di utenza", ovvero nel riferimento alla zona in cui l'impresa trae il proprio profitto[12].

Si è dunque finito per affidare alla *vicinitas* il ruolo di criterio generale di selezione delle situazioni soggettive tutelate in ogni caso in cui appaiono assumere rilievo, ai fini della differenziazione dell'interesse individuale, profili geografico-spaziali[13]; il che trova particolare conferma nella indifferenza palesata dalla giurisprudenza all'avvenuta abrogazione dell'art. 31 L.U. da parte del TUEL, d.p.r. n. 380/2001[14].

Tralasciando la menzione delle tesi per le quali legittimazione al ricorso e interesse ad agire finirebbero per confluire e confondersi[15], può dirsi senz'altro accolta nel nostro ordinamento positivo la loro teorica distinzione e insieme concorrenza nel connotare anche il processo amministrativo come giurisdizione di tipo soggettivo[16], chiamato a offrire al ricorrente un risultato utile, un vantaggio effettivo dalla pronuncia di accoglimento per l'interesse sostanziale individuale[17]. Accanto alla legittimazione "ordinaria"[18] che "collega la posizione di chi presenta ricorso all'ordinamento giuridico" – l'interesse a ricorrere sposta, dunque l'attenzione "sul rapporto fra l'azione giudiziaria esercitata e lo scopo perseguito in concreto dal soggetto agente"[19]; è "lo stato di fatto" in cui versa la situazione giuridica soggettiva fatta valere[20].

Comunemente l'interesse è riconosciuto in *re ipsa* laddove il ricorrente che impugni un atto dell'amministrazione incidente sul territorio sia il proprietario confinante[21] del terreno oggetto dell'intervento, ma tendenzialmente è parimente rinvenuto secondo una *vicinitas* latamente intesa, quale più elastico criterio selettivo[22], finendo per radicarsi nella medesima situazione di fatto da cui scaturisce la legittimazione.

Con l'estendersi della legittimazione sembra essere però progressivamente più sentita la necessità di una puntuale indagine sull'interesse al ricorso, affermandosi posizioni diverse, favorevoli a una sua rigorosa individuazione, in via non solo teorica ma in concreto[23]. Si afferma, in alcuni indirizzi della giurisprudenza, la necessaria dimostrazione del "*vulnus* specifico" "inferto dagli atti impugnati"[24]. In ulteriori posizioni, si specifica che il criterio della *vicinitas* sintetizza, con riguardo all'interesse ad agire, situazioni in cui "nella normalità dei casi" "secondo il comune apprezzamento" il pregiudizio proveniente dal titolo impugnato sussiste "senza bisogno di speciali motivazioni"; andrebbe tuttavia allegato, essendovi necessità di dimostrazione solo in caso di specifica contestazione[25].

Se la necessaria allegazione o almeno l'agevole rilevabilità dell'interesse al ricorso riguarda ancora principalmente le ipotesi in cui la *vicinitas* non coincida, in linea di principio, con l'immediata "contiguità", una volta affermatosi in via astratta e generale l'onere del ricorrente

di provare l'interesse, non vi è invero controversia nella quale il duplice apprezzamento delle condizioni dell'azione possa dal giudice essere a priori omesso.

Al di là di astratti criteri, in ipotesi idonei a introdurre indebiti confini alle ipotesi di ammissibilità dei ricorsi[26], l'interesse all'azione discende dalla peculiarità delle situazioni fattuali e corrisponde a una indagine in negativo: la sua verifica non dovrebbe muovere dalla ricerca dei vantaggi della sentenza di accoglimento, ma registrare "i casi in cui è certo che nessun vantaggio può essere tratto dalla sentenza" alla situazione giuridica soggettiva azionata[27].

Questa utilità non deve poi corrispondere al bene individuale in ipotesi protetto dalle norme di esercizio della funzione violate, invece preordinate al miglior perseguimento dell'interesse generale", ma a quell'interesse materiale che è presupposto della legittimazione[28]. L'accertamento dell'effettività del pregiudizio, poi, non è condizione di accesso al giudizio, attenendo al merito della controversia[29].

Nel caso in esame, peraltro, l'interesse è stato considerato insussistente, non perché non allegato o dimostrato il pregiudizio a un interesse individuale giuridicamente protetto ma perché ritenuto estinto dalla condanna al risarcimento, anche considerata l'accettazione del risarcimento come implicita rinuncia a coltivare l'azione.

3. La rinuncia all'azione.

Un breve riflessione merita così, anzitutto, proprio l'argomento della rinuncia all'azione implicita nell'accettazione del risarcimento[30]. In linea di principio, nulla pare impedire la rinuncia all'azione per il ristoro del diritto soggettivo leso[31], né al diritto stesso, pur nei modi che saranno in seguito chiariti.

Secondo parte della dottrina, diverso discorso varrebbe per l'interesse legittimo. La soluzione è influenzata dalla particolarità della situazione giuridica soggettiva legittimante il ricorso al giudice amministrativo[32], sede in cui la distinzione tra titolarità della situazione giuridica sostanziale e titolarità del diritto di azione, conquista della riflessione processualciviltistica[33], appare piuttosto necessaria e immanente. Ove si controverta dell'esercizio/mancato esercizio del potere, sembra invero di ostacolo all'abdicazione della situazione giuridica individuale l'intimo legame con l'interesse pubblico[34].

È indiscussa in ogni caso la disponibilità dell'azione giurisdizionale, essendo ammessa la rinuncia che colpisca, appunto, il solo strumento processuale[35].

In ogni caso, la rinuncia all'azione, per poter essere effettivamente rilevata in sede giurisdizionale, deve esprimersi in forma esplicita, sia pur non richiedente formule sacramentali, ovvero per *facta concludentia*, rinvenibili tuttavia quando vi sia assoluta incompatibilità tra il comportamento dell'attore e la volontà di proseguire nella domanda. La rinuncia implicita presuppone comunque il sostanziale riconoscimento dell'infondatezza dell'azione da parte dell'attore/ricorrente e l'emersione della volontà di non voler proseguire nella richiesta di tutela giurisdizionale[36]. In tal senso è limpido l'art.84 co.3 c.p.a. secondo cui: "Anche in assenza delle formalità di cui ai commi precedenti, il giudice può desumere

dall'intervento di *fatti o atti univoci* dopo la proposizione del ricorso ed altresì dal comportamento delle parti argomenti di prova della sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione della causa"[37].

Non pare che l'accettazione di un risarcimento, in forma diversa e in misura inferiore al preteso, integri una condotta univoca idonea a integrare rinuncia al residuo risarcimento ottenibile in veste di condomino, tantomeno a un'azione d'impugnazione di un provvedimento amministrativo che peraltro investe interessi ulteriori rispetto a quello meramente economico-proprietario.

Tanto basta per osservare come il Consiglio di Stato abbia voluto far dire troppo alla semplice percezione di un risarcimento. Non ha considerato, oltre il mancato pieno appagamento del diritto, l'eterogeneità delle situazioni giuridiche soggettive tutelate, coerente con la diversa natura delle norme che si assumono violate, e l'alterità soggettiva della parte resistente nel giudizio amministrativo rispetto al convenuto davanti al giudice civile; non ha tenuto conto, dunque, che trattavasi di un'azione nettamente diversa[38].

4. La pretesa *compensatio lucri cum damno* come criterio di determinazione delle condizioni dell'azione.

La pronuncia in esame nega poi l'interesse al ricorso facendo sostanziale applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*, istituito dalle origini risalenti[39], privo di autonomia dogmatica ma accolto come espressione descrittiva di una delle possibili modalità d'impiego del meccanismo causale nella fase di produzione dei pregiudizi, modellando la pretesa risarcitoria in ragione del danno effettivo emergente, tenuto conto "di tutte le conseguenze dell'illecito, ivi comprese quelle eventualmente vantaggiose per il danneggiato"[40]. La *compensatio* riposa anzitutto sull'assunto che l'istituto della responsabilità civile risponde alla primaria finalità compensativa, di reintegrare il patrimonio del danneggiato nella misura idonea a eliminare le conseguenze pregiudizievoli prodottesi nella sua sfera giuridica, trasferendo il danno derivante dalla condotta illecita dal suo patrimonio a quello del danneggiante. Se la funzione preventiva appare secondaria, quella sanzionatorio-punitiva, che potrebbe giustificare sacrifici maggiori per il danneggiante, si assume che possa essere solo eccezionalmente disposta dalla legge[41].

Pur non trattandosi di un istituto tipizzato, la giurisprudenza, a fronte di posizioni più articolate nella dottrina, ha sempre convenuto che nell'apprezzamento delle conseguenze economiche negative-dirette e immediate – dell'illecito, si debbano considerare anche i vantaggi percepiti, che contribuiscono a ridurre "l'area dei danni effettivamente cagionati dalla condotta del responsabile", anche laddove abbiano natura non patrimoniale[42] quale espressione di un principio generale dell'ordinamento[43] e corollario logico dell'art.1223 c.c.[44]. Nelle più recenti posizioni della giurisprudenza, sia ordinaria che amministrativa, laddove la condotta illecita non produca sia danni che vantaggi ma una pluralità di voci di danno, la formula si risolve nell'esigenza di evitare un cumulo di voci compensativo-risarcitorie[45], costringendo il pluriobbligato a corrispondere più di quanto necessario a ristorare il patrimonio del danneggiato, il quale si avvantaggerebbe così di un indebito arricchimento (c.d. principio dell'indifferenza)[46]. L'indebito arricchimento peraltro potrebbe prodursi anche nell'ipotesi di rapporti trilaterali, come nei casi in cui, in ragione

dell'illecito, sia percepita una indennità da obbligato diverso rispetto al soggetto tenuto al risarcimento del danno[47]. *Deve quindi considerarsi vantaggio quanto il danneggiato abbia nell'insieme ottenuto in conseguenza del fatto illecito.*

È vero poi che la *compensatio* è ormai comunemente intesa dalla giurisprudenza sia ordinaria che amministrativa quale eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio, come d'ufficio la ha in effetti applicata la II Sezione, oltre che proponibile per la prima volta in appello[48], rappresentando piuttosto un'attività difensiva rientrante nel disposto dell'art.1223 c.c.[49].

Tra i presupposti per la sua operatività, secondo le posizioni più recenti, vi sono tuttavia l'unicità della condotta da cui origina il pregiudizio e che giustifica l'attribuzione di vantaggi al soggetto leso[50], che l'eventuale vantaggio derivi direttamente dall'illecito, sia pur *ex lege* o *ex contractu*[51], che quest'ultimo sia di natura omogenea rispetto all'interesse sostanziale leso. Il primo requisito nel caso in esame non pare in effetti ricorrere, avversando l'interessata due diverse condotte: quella illecita del condomino e quella illegittima dell'amministrazione; nemmeno il secondo, nella misura in cui l'eventuale vantaggio deriverebbe qui non direttamente dall'illecito bensì dall'esecuzione di un ordine di demolizione[52], emanato in ragione degli effetti conformativi della sentenza di annullamento di un provvedimento illegittimo. Né il terzo, laddove il fine dell'annullamento del provvedimento e i suoi effetti non si risolvono nella compensazione di un pregiudizio patrimoniale[53]. A voler risalire in ogni caso, con sommo sforzo, alla condotta illecita dell'autore dell'abuso, sembra dunque mancare nel caso di specie anzitutto il rischio di sovracompensazione dovuta a una duplice attribuzione patrimoniale, se non in via del tutto remota e indiretta.

Infine, pur considerando applicabile l'istituto in esame, rileggendo l'annullamento come risarcimento in forma specifica, è di tutta evidenza che il giudice avrebbe dovuto farne uso non ai fini di una decisione in rito, negando l'interesse al ricorso, quanto di una decisione sul merito, in sede di quantificazione del danno, essendo pacificamente la *compensatio* una tecnica liquidatoria.

Infine, va considerato come nella normalità dei casi il principio comporta che dalla somma riconosciuta a titolo risarcitorio siano sottratte le utilità o le forme compensative altrimenti percepite (usualmente a titolo indennitario). Ove le ultime fossero state già corrisposte il relativo obbligato – si osserva – potrebbe agire per ripetere l'importo corrisposto al danneggiato[54].

5. L'azione di annullamento come azione risarcitoria.

La qualificazione della domanda di annullamento come domanda di risarcimento in forma specifica comporta in realtà una *mutatio libelli* che, malgrado alcune esitazioni della giurisprudenza[55], è estranea ai poteri del giudice in sistemi improntati al principio dispositivo; azione di annullamento e azione risarcitoria non sono invero pianamente assimilabili[56]. Lo ha ben chiarito l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2015 rimarcando la diversità, nei due casi, degli elementi della domanda. Nella domanda di annullamento la *causa petendi* sarebbe l'illegittimità del provvedimento impugnato; nella domanda risarcitoria, invece, l'illiceità del fatto. Diverso appare poi il *petitum*: nell'azione costitutiva, appunto l'annullamento degli atti o provvedimenti impugnati; nell'azione

risarcitoria, la condanna al risarcimento in forma generica o specifica, eterogenea rispetto all'eliminazione dell'atto dal mondo giuridico. Differenti ancora appaiono gli accertamenti richiesti al giudice^[57] e l'incidenza della sua pronuncia: il risarcimento – si sottolinea - è infatti disposto *su ordine* del giudice ed è diretto a restaurare la legalità violata dell'ordinamento, onde ricostruire una situazione quanto più possibile analoga a quella che precedeva la commissione dell'illecito; "l'annullamento, invece, è restaurazione dell'ordine violato *ad opera* del giudice"^[58]. Tali puntualizzazioni sottendono in definitiva la diversa natura delle norme violate nei due casi; nell'un caso, vi è un equilibrio economico definito da norme intersoggettive da ripristinare concretamente attraverso un'attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale, con l'effettiva reintegrazione del diritto leso del danneggiato; nel secondo caso, la tutela dell'interesse pubblico pregiudicato attraverso la violazione della norma sull'esercizio del potere, unitamente a quella della situazione soggettiva connessa a tale esercizio, si realizza per effetto della sentenza costitutiva, salvi i suoi effetti conformativi e la possibilità che l'interesse materiale substrato dell'interesse legittimo risulti o meno integralmente soddisfatto^[59].

È proprio l'invocata natura di giurisdizione soggettiva del giudice amministrativo a imporre il rispetto del principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato^[60], violato ogni qual volta "il giudice, interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri uno degli elementi identificativi dell'azione" ovvero ponga a fondamento della propria decisione fatti o situazioni avulsi dalla materia del contendere^[61].

Ben aveva deciso, pertanto, il giudice di prime cure, riconoscendo come l'interesse della ricorrente consistesse nell'avversare un atto amministrativo, ritenuto illegittimo e lesivo, il quale "va scrutinato da un giudice amministrativo"; ciò che contesta la ricorrente – si osservava – "infatti, non attiene alla dimensione civilistica dei rapporti tra soggetti privati dell'ordinamento, bensì concerne la sfera dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione e, più precisamente, l'operato di quest'ultima giacché produttivo di effetti pregiudizievoli a danni della ricorrente stessa". Tali danni la medesima ha in effetti subito – si osservava - benché non destinataria del provvedimento, considerando anzitutto il mancato godimento della sua proprietà su cui insisteva un'opera "realizzata in spregio ai principi sulla comunione dei beni".

Né in senso contrario depone l'art. 34, co. 3 del c.p.a. secondo il quale "quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori". La norma non giustifica una riqualificazione della domanda originaria, imponendo, invece una sua rigorosa interpretazione, alla stregua del contenuto effettivo della pretesa (art.32, co.2, c.p.a.)^[62].

È, dunque, bensì possibile una variazione in senso riduttivo del *petitum* originario, al fine di renderlo adeguato alle sopraggiunte necessità di soddisfacimento del bisogno di tutela. La conversione non potrebbe però mai operare in virtù di pretesi automatismi^[63] e non risulta che l'interessata abbia manifestato, in sede di giudizio amministrativo, alcun interesse alla prestazione risarcitoria^[64].

Nessun utile argomento offre poi la rilevanza accordata dall'art. 30, co.3 c.p.a.^[65], alla mancata impugnazione del provvedimento come elemento che contribuisce alla determinazione del danno risarcibile ex art.1227 c.c.^[66]. La norma riguarda invero l'ipotesi

inversa a quella in esame, ovvero il caso in cui sia presentata la domanda risarcitoria e solo quella. Se è ammissibile l'apprezzamento dell'annullamento "alla stregua" di un risarcimento in forma specifica, guardando agli effetti sostanziali della pronuncia e, in particolare, a quelli conformativi, ancora una volta, per valutare l'eventuale danno residuante in capo all'interessato e nella prospettiva della più piena soddisfazione dell'interesse sostanziale vantato, ciò non vale ad escludere la stessa ammissibilità di richiesta di una sentenza costitutiva[67].

Quanto all'accenno, contenuto nella pronuncia, al possibile utilizzo del doppio giudizio come strumento di "locupletazione" o di abuso del processo, a parte i profili problematici di tale incerta nozione[68] e della necessità o meno di rilevare l'elemento soggettivo del dolo o della colpa[69], è evidente come il discorso sia assorbito dalla rilevata persistenza dell'interesse al ricorso. Già l'elemento oggettivo della condotta pretestuosa non appare nel caso individuabile, dovendo comunque l'avvenuto conseguimento di quanto aspirato essere apprezzato nella relazione con l'amministrazione e risolversi nella soddisfazione dell'interesse vantato rispetto alla sua azione[70].

6. La dimensione sostanziale dell'interesse legittimo.

Come ultimo argomento la pronuncia in esame invoca la medesima dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo, tema che coinvolge gli aspetti più controversi e il cuore stesso del diritto amministrativo[71], su cui è possibile in questa sede fare solo alcune brevi e sommarie considerazioni.

Il giudice usa una formula densa di ambiguità. Sottesa sembra l'idea che anche l'interesse legittimo sia un interesse individuale che ha come substrato un bene materiale, e questo non sembra discutibile[72]. Ma tale assunto è ben lontano dal consentire un'assimilazione, o almeno un diretto confronto tra le due nozioni. Di esse, appaiono più forti i tratti distintivi, il collocarsi a due diversi livelli dell'ordinamento giuridico[73]. Il diritto soggettivo situazione legittimante e al tempo stesso oggetto del giudizio che si svolge di regola davanti al giudice civile; diversamente, l'interesse legittimo è la più evanescente situazione legittimante l'avvio di un processo che ha tutt'ora come oggetto la legittimità dell'azione amministrativa. L'affermazione non sembra tener conto, poi, dell'attuale complessa articolazione interna dell'interesse legittimo, della pluralità delle sue figure, variamente connesse all'interesse materiale del titolare: da un più, quando l'interesse legittimo sia un diritto soggettivo nella relazione con il potere dell'amministrazione, come in effetti nel caso in esame, a un meno, quando tale connessione tra le due situazioni appare più sbiadita[74].

Sotto quest'ultimo profilo, può osservarsi come, pur nell'ambito delle posizioni che ritengono irrinunciabile il carattere qualificato, oltre che differenziato dell'interesse, per essere qualificato "legittimo", quindi il suo carattere normativo[75], acquistano sempre maggior terreno gli orientamenti secondo cui il medesimo, in particolare quale situazione legittimante del terzo in relazione ad abusi edilizi, non si esaurisca con riferimento "a un singolo bene fisico di proprietà", risultando da una "pluralità di fattori ordinati a un assetto finale ritenuto meritevole di tutela da un corpus normativo di protezione"; tale, ad esempio, il mantenimento della qualità dell'assetto urbanistico dell'area in cui quale il soggetto vive o

svolge stabilmente la propria attività^[76]. Si tratta di un percorso volto a valorizzare interessi che, sebbene comuni, potrebbero essere altresì ascritti alla sfera individuale^[77].

Tali profili possono apprezzati come ulteriori e non dirimenti ai fini della decisione della questione in esame ma utili ad avvalorare l'idea che se il superamento della pregiudizialità si pone certamente in linea con tratti più marcatamente soggettivi della tutela offerta davanti al giudice amministrativo, - potendo l'annullamento dell'atto non essere affatto richiesto o essere convertito in azione risarcitoria in ragione di una rilevata carenza d'interesse alla pronuncia costitutiva -, sembra talora perdersi di vista che il giudice amministrativo non può esaurire il suo ruolo in quello di giudice del risarcimento del danno.

Esiti come quello qui in esame appaiono invero ultimi approdi di quella linea di tendenza che, sopravvalutando l'interesse individuale rispetto a quello generale^[78], enfatizzando la costruzione del processo amministrativo in termini di giudizio sulla fondatezza della pretesa vantata dal ricorrente, sulla spettanza del bene della vita^[79] e alimentando l'ibridazione tra processo amministrativo giudizio civile è idonea a produrre, quasi per paradosso, una *deminutio* di tutela delle situazioni individuali di fronte al potere dell'amministrazione^[80].

[1] Il Comune avrebbe invero qualificato erroneamente l'opera come semplice "mutamento della destinazione d'uso"; si lamentava poi eccesso di potere per contraddittorietà di tale provvedimento rispetto alla precedente ingiunzione, oltre che con i successivi dinieghi di sanatoria, nonché per aver l'amministrazione acriticamente aderito a uno tra due pareri discordanti resi dalla Commissione edilizia; eccesso di potere per erroneità dei presupposti ovvero, ancora, per la qualificazione dell'intervento come mero "cambio di destinazione d'uso"; difetto di motivazione e illogicità manifesta per non essere il provvedimento, come preteso dalla legge, motivato in ordine alla sussistenza dei presupposti previsti per la fiscalizzazione (che siano realizzate variazioni essenziali; che queste non contrastino con rilevanti interessi urbanistici e "comunque" che la demolizione non possa avvenire senza pregiudizio per la parte eseguita in conformità: art.129, co. 5, l.p. n. 1/2008).

[2] Cfr. Cons. St., V, n. 418/1956, in *Giur. it.*, 1957, III, 23; Id., V, n. 245/1958, in *Foro amm.*, 1958, I, 2, 476, Id., V, n. 260/1960, in *Foro it.*, 1960, III, 61; Id., V, n. 189/1960, in *Foro amm.*, 1960, I, 963; Id., V, ord. n. 381/1962, in *Riv. giur. edilizia*, 1962, I, 681; Id., ad. plen., n. 14/1962, in *Giust. civ.*, 1963, II, 38; *contra*: Cass. civ., Sez. Un., n. 1746/1961, in *Foro it.*, 1961, I, 1672. Cfr. A. Scognamiglio, *Profili della legittimazione a ricorrere avverso gli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro Amm. - CdS*, 2002, 9, 2245 ss.

[3] V. Cons. St., ad. plen., n.1/1966.

[4] V. anzitutto Cons. St., V, n. 523/1970.

[5] Ammessa, tuttavia, da Cons. St., V, n. 1314/1968.

[6] F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 771 ss.

[7] A. M. Sandulli, *L'azione popolare contro le licenze edilizie*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1968, II, 3 ss.

[8] Già A. M. Sandulli, *Più legalità per le licenze edilizie, più severità per le costruzioni senza licenza*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1962, II, 68 ss. Cfr. V. Spagnuolo Vigorita, *Interesse pubblico e azione popolare nella "legge-ponte" per l'urbanistica*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1967, II, 387 ss. e altri riferimenti in F. Saitta, *C'era una volta un'azione popolare... mai nata*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2021, 6, 239 ss. Cfr., di recente: M. Magri, *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)*, in *Giustizianesimo*, 2022.

[9] Lo ipotizzava già Alb. Romano, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, in *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività* (Atti del XXIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 22-24 Settembre 1977), Milano, 1978, 33 ss., osservando come, tuttavia, il prezzo di un simile ampliamento sarebbe stato la crescita delle difficoltà di definire in modo logicamente corretto l'interesse legittimo. Rileva l'aleatorietà del concetto di "insediamento abitativo" ai fini della relazione della legittimazione: F. Saitta, *C'era una volta*, cit.

[10] Cfr. L. Perfetti, *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, *Dir. proc. amm.*, 3, 2009, 688, che evidenzia come la legittimazione "sia stata estesa fino a ipotesi molto discutibili e contrastanti con la nozione stessa", senza opposizioni della dottrina e, anzi, pressioni, per un suo ampliamento a posizioni soggettive "tra i quali gli interessi senza struttura o diffusi" privi delle caratteristiche che tradizionalmente si associano alla legittimazione.

[11] V., ad es., Cons. St., IV, n. 6619/2007.

[12] Cfr. di recente: Cons. St., IV, n. 5353/2022. - Con la definizione di bacino d'utenza si intende, in linea generica, l'area raggiungibile a partire da un punto prefissato su una cartina, ovvero il c.d. "baricentro" individuato seguendo gli assi stradali; pertanto, ai fini dell'identificazione del bacino d'utenza, è necessario applicare criteri specialistici e metodi di calcolo non surrogabili attraverso la comune esperienza o la scienza privata del giudice, dovendo ritenere insufficiente, per fornire la prova della c.d. *vicinitas* commerciale, la mera affermazione di parte della sussistenza di un comune "bacino d'utenza" fra la struttura commerciale erigenda e quella che agisce in giudizio a tutela del suo interesse commerciale leso.

[13] Per l'eccessiva genericità del criterio già E. Guicciardi, *La decisione del "chiunque"*, in *Giur.it.*, 1970, III, 193, anche ricordato da F. Saitta, *C'era una volta*, cit.

[14] Cons. Giust. Amm. Sic., n. 759/2021, di rimessione all'adunanza plenaria n. 22/2021.

[15] E. Guicciardi, *La giustizia nell'amministrazione*, 1954, 181 ss.; con argomenti diversi: S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, 330 ss.

[16] Cfr., ampiamente, TAR Toscana, III, Firenze, n. 592/2020.

[17] Corte cost. n. 271/2019.

[18] Sulle legittimazioni straordinarie, cfr. M. Delsignore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020.

[19] Cons. Giust. Amm. Sic., n. 759/2021 cit.

[20] Cfr. R. Villata, *Legittimazione processuale* (II Diritto processuale amministrativo), in *Enc. Giur.*, XVII, 1988.

[21] V. ad es. Cons. St., VI, n. 2100/2019, Cons. St., VI, n. 3386/2019, Cons. St., IV, n. 3489/2021. Nel senso che anche in questo in caso debba essere allegato ed eventualmente provato il pregiudizio che fonda l'interesse al ricorso: Cons. St., IV, n. 5908/2017, TAR Puglia, III, Bari, n. 374/2020. Precisa che anche in caso di proprietà confinanti l'interesse al ricorso debba essere almeno prospettato in relazione al pregiudizio subito, "quanto meno in tutti i casi in cui la modifica del preesistente assetto edilizio non si dimostri *icto oculi*, ovvero sulla base di sicure basi statistiche, tratte dall'esperienza": TAR Veneto, II, Venezia, n. 986/2019.

[22] Cass. Civ., Sez. Un., n. 18493/2021, Cass. Civ., Sez. Un., n. 21740/2019.

[23] Sottolineano come, con l'estensione della legittimazione la giurisprudenza amministrativa abbia finito molte volte per affidare al solo interesse al ricorso il ruolo di vero filtro per l'accesso alla tutela davanti al g.a. L. Perfetti, *Legittimazione e interesse ricorrere*, cit., G. Tropea, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021, 447.

[24] Nel senso che dovrebbe dimostrarsi il pregiudizio specifico inferito dagli atti impugnati in termini di deprezzamento del valore del bene o della concreta compromissione del diritto alla salute o all'ambiente: Cons. St., IV, n. 908/2017, Cons. St., IV, n. 3843/2018, Cons. St., II, n. 4375/2021, Cons. St., IV, n. 4557/2021, Cons. St., V, n. 4830/2017, Cons. St., IV, n. 383/2016, Cons. St., IV, n. 362/2015, Cons. St., IV, n. 4924/2012.

[25] Cons. St., V, n. 3247/2021, Cons. St., IV, n. 4557/2021, Cons. Giust. Amm. Sic., n. 759/2021.

[26] F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, cit.

[27] A. Travi, *Giustizia amministrativa*, 2019, 200, M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 169. Osserva che la giurisprudenza non dovrebbe ricercare la lesione di beni altri rispetto a quello corrispondente alla situazione azionata: F. Trimarchi Banfi, *Op. cit.*

[28] Cfr. Cons. St., ad plen., n. 22/2021, in cui si è affermato che “Nelle cause in cui si lamenti l’illegittimità del titolo autorizzatorio edilizio per contrasto con le norme sulle distanze tra le costruzioni imposte da leggi, regolamenti o strumenti urbanistici, non solo la violazione della distanza legale con l’immobile confinante con quello del ricorrente, ma anche quella tra detto immobile e una terza costruzione può essere rilevante ai fini dell’accertamento dell’interesse al ricorso, tutte le volte in cui da tale violazione possa discendere con l’annullamento del titolo edilizio un effetto di ripristino concretamente utile, per il ricorrente, e non meramente emulativo”.

[29] Cons. St., ad plen., n.1/2018.

[30] *Ex multis*: Cons. St., II, n. 6663/2021, Cons. St., VI, n. 675/2022, Cons. St., II, n. 4664/2022, Cons. St., II, n. 6185/2022.

[31] A. Saliotti, T. Salvioni, *Estinzione del processo (dir. proc. civ.)*, in *Treccani, Diritto on line*, 2015 e *ivi* ulteriori riferimenti.

[32] Alb. Romano, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 511 ss., V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 341 ss.

[33] G. Mannucci, *Legittimazione e interesse a ricorrere*, in *Treccani, Diritto online (dir. amm.)*, 2018.

[34] In termini generali: E. Cannada Bartoli, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, Milano, 1953.

[35] A. Bozzi, *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 1144, L. V. Moscarini, *Rinunzia* (I, dir. civ.), in *Enc. Giur.*, XXVII, 1991.

[36] Cass. civ., II, n.19845/2019, Cass. civ., VI, n.15712/2021, Tribunale Bari, sez. lav., n.2908/2020, Trib. Roma, XIII, n. 5429/2020.

[37] Cfr. Cons. St., VI, n. 281/2020. Nel senso che anche in assenza di rinuncia formale debba essere acquisita la dichiarazione di non avere interesse alla coltivazione, sotto ogni profilo, del ricorso: Cons. St., V, n. 2475/2020. L’univocità appare pacifica, ad esempio, laddove vi sia stato un atto di rinuncia irrituale perché non notificato alle controparti: TAR Milano (Lombardia), II, n.1627/2022.

[38] Sulle norme in materie di distanze poste dal codice civile e dalla disciplina urbanistico-edilizia, *ex multis*: Cass. Civ., II, n. 7954/2022, Cass. Civ., II, n. 22054/2018, Cass. Civ., VI, n. 3854/2014; già Cass. Sez. Un., n.11023/2004. Nella giurisprudenza amministrativa, v., ad es.: Cons. St., IV, n. 4337/2017; Id., n. 3093/2017; Id., n. 2086/2017; Id., n. 3510/2016; Id., n. 856/2016; Cass. civ., II, n. 23136/2016, Cons. St., VI, n. 5071/2018, Cons. giust. Amm. Sic., n. 759/2021. Nella giurisprudenza costituzionale, v. ad es., le pronunce n. 120/1996, n. 124/2021.

[39] R. Scognamiglio, *In tema di "compensatio lucri cum damno*, in *Foro it.*, 1952, I, 635; più di recente: M. Ferrari, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, Milano, 2008, G. De Nova, *Intorno alla compensatio lucri cum damno*, in *Jus civile*, 2018, p. 56, A. Vetro, *La compensatio lucri cum damno in diritto privato: applicazione del principio della compensazione nei giudizi amministrativi e contabili*, in *Lexitalia*, 2018, 3.

[40] Cons. St., IV, ord. n. 2791/2017, Cons. St., ad plen. n.1/2018.

[41] Cons. St., ad plen. n. 1/2018, cit. Nel senso della natura multifunzionale della responsabilità civile, v. però Cass. Sez. Un., 16601/2017, R. Paroleesi, *Risarcimento, indennizzo e arricchimento della vittima dell'illecito, osservazioni a Cass., ord. 22.6.2017 n. 15534*, in *Foro it.*, 2017, I, 2256.

[42] Cons. St., ad plen. n.1/2018, cit.

[43] A. Vetro, *La compensatio lucri cum damno in diritto privato: applicazione del principio della compensazione nei giudizi amministrativi e contabili*, cit.

[44] Cons. St., IV, ord. n. 2919/2017.

[45] Cons. St., *ibidem*.

[46] Cass. Sez. Un. Civ., n. 584/2008, Cass. Civ., III, n. 26152/2014. Il maggior contrasto interpretativo ha riguardato la questione della cumulabilità tra risarcimento del danno e indennità o indennizzi a vario titolo percepiti.

[47] Tra i commenti alle ultime posizioni della Corte di cassazione: G. Ponzanelli, *Dopo San Martino, la Cassazione ci riprova a varare uno statuto del danno alla persona*, in *Il Foro italiano*, 2019, 3, pp. 791 ss., G. Ponzanelli, *Risarcimento del danno alla persona: San Martino 2019 si allontana da San Martino 2008 e conferma gli equilibri risarcitori del 2018*, in *Danno e responsabilità*, 2020 fasc. 1, pp. 69 ss., M. Franzoni, *Spigolature sulle sentenze di san Martino*, in *Danno e responsabilità*, 2020, 1, 7 ss. R. Simone, *Ombre e nebbie di San Martino: la causalità materiale nel contenzioso sanitario*, in *Il Foro italiano*, 2020, 1, 218 ss., F. Molinaro, *San Martino 2.0: Ritorno al passato o evoluzione del danno non patrimoniale?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2020, 6, 1903 ss., A. Montanari, *Il risarcimento in forma specifica e la rilevanza giuridica dell'attività di compensazione del danno*, in *Europa e diritto privato*, 2013 fasc. 2, pp. 505 ss.

[48] M. Ferrari, *La compensatio lucri cum danno come eccezione rilevabile d'ufficio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 666, U. Izzo, *La compensatio lucri cum danno come "latinismo di ritorno"* in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1738 ss. e ampiamente Id., *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, Napoli, 2018.

Di recente: Cass. civ., n. 15534/2017 e Id., n. 15535/2017, Cass. civ., III, n. 24177/2020, Corte app. Firenze, n. 696/2015. Per un'interessante applicazione da parte del giudice amministrativo, cfr., ad es., TAR Sardegna n. 15/2014, secondo cui "a seguito dell'annullamento degli atti di una procedura espropriativa, la diminuzione di valore del bene (nella specie per la creazione di una servitù pubblica di acquedotto) deve essere compensata con i vantaggi derivanti al privato dall'opera comunque realizzata". Più in generale, sulla finalità compensative ancor più della responsabilità da attività lecita: E. Scotti, *Liceità, Legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli, 2012.

[49] Cfr. Cass. Civ., n. 20111/2014, Cass. Civ., III, n. 533/2014, Cass. Civ., III, n. 24177/2020. Di recente: Corte d'appello di Campobasso, n. 242/2022. V. tuttavia Cassazione civ., VI, n. 27736/2022: "La natura di eccezione in senso lato della *compensatio lucri cum danno* non esime chi la invoca di dimostrarne il fondamento; in caso di giudizio di rinvio a seguito di cassazione del provvedimento la lacuna probatoria non può essere colmata perché trattasi di un giudizio a istruzione chiusa".

[50] Cass. Civ., III, n. 15534/2017, Cons. St., ad plen., n. 1/2018.

[51] Cons. St., IV, ord. n. 2719/2017, Cass. Civ., Sez. Un., n. 12565/2018, Cass. Civ., sez. III, n.30188/2022, Cass. Civ. sez. lav., n. 32130/2022. Si ritiene che la *compensatio* operi anche quando i vantaggi dipendono sotto il profilo giuridico formale da una fattispecie diversa dall'illecito, di cui l'illecito rappresenta un elemento costitutivo. Il risarcimento ed il vantaggio patrimoniale dovrebbero quindi avere la stessa ragione giustificatrice o appartenere a classi omogenee.

[52] Cfr. Tar Puglia III, Bari, n. 41/2016, che chiarisce come, in un caso di abusivismo edilizio, la richiesta di risarcimento in forma specifica avanzata dalla parte ricorrente, vittoriosa in sede di impugnazione, integrava in realtà una richiesta di ottemperanza del giudicato, avendo il Comune omesso di emanare prontamente l'ordine di demolizione in esecuzione del giudicato.

[53] Cfr. Cass. Civ., Sez. Un. 12564/2018, in cui si è negata l'operatività della *compensatio* tra valore capitale della pensione di reversibilità accordata al familiare superstite e il risarcimento del danno, essendo la prima caratterizzata da un fondamento solidaristico e non strutturalmente rispondente finalità di rimuovere le conseguente prodottesi nel patrimonio del danneggiato in esito all'illecito del terzo; diversamente in caso di liquidazione dell'indennizzo da parte dell'assicurazione in ragione del fatto illecito causa dell'azione risarcitoria: Cass. Civ., Sez. Un., n. 12565 del 2018; o ancora nell'ipotesi di indennizzo per inabilità permanente corrisposto dall'INAIL per l'infortunio occorso al lavoratore, questo si assume dover essere detratto dall'ammontare del risarcimento dovuto: Cass. Sez. Un., n. 12566/2018.

[54] Cons. St., IV, ord. n. 2719/2017, cit. Nel senso che la *compensatio* potrebbe operare solo se il danneggiante rimane esposto all'azione di recupero del terzo da cui il danneggiato ha ricevuto il beneficio collaterale: F. Caringella, *Manuale ragionato di diritto civile*, II ed., Roma, 2020, 153 ss., ricordato da J. Barraco, *Compensatio lucri cum danno: la giurisprudenza recente*, in *Giuricivile*, 2021, 2.

[55] V. ad es. l'ordinanza Cons. St., V, n. 284/2015, di rimessione all'ad. plen. n. 4/2015.

[56] Ciò emerge chiaramente, ad es., da quelle pronunce in cui si chiarisce come vada “considerata di valore indeterminabile la controversia introdotta davanti al giudice amministrativo per l’annullamento di un atto, poiché la *causa petendi* della domanda è l’illegittimità dell’atto stesso, mentre il *petitum* è la sua eliminazione, senza che rilevino eventuali risvolti patrimoniali della vicenda”: Cass. civ., II, n. 8599/2022. La non assimilabilità si ricava ancora, ad es., dell’applicazione dei termini dimidiati per la riassunzione del giudizio davanti al giudice amministrativo ex. 119 c.p.a. alle azioni di annullamento e non alle controversie meramente risarcitorie, anche ove volte al risarcimento in forma specifica. La deroga ai termini processuali ordinari risponde infatti alla *ratio* di realizzare “una più rapida tutela di interessi pubblici in ambiti individuati”: Tar Campania, V, n. 4184/2017, e già Cons. St., ad. pl., n. 9/2007, Id., IV, n. 1605/2014, Id., IV, n. 5551/2016.

[57] Ai fini del risarcimento il giudice deve valutare invero la sussistenza di tutti gli elementi della responsabilità, ivi compreso l’elemento soggettivo: Cons. St., IV, n. 3464/2016, Cons. St., V, n. 125/2016.

[58] Cons. St., ad plen. n. 4/2015.

[59] A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in *Giust. amm.*, 2001, P. Lazzara, *Annulabilità e annullamento*, in *Treccani online (dir. amm.)*, 2012. Diversamente, il giudice potrebbe non pronunciarsi sull’annullamento laddove questo fosse stato domandato unitamente al risarcimento del danno ma fosse ad esempio sopravvenuta la carenza d’interesse alla sentenza costitutiva (...) o, ancora laddove parimenti, sopravvenuta tale carenza d’interesse, il ricorrente potrebbe mantenere interesse a una semplice pronuncia dichiarativa, ai fini di una successiva domanda risarcitoria. Più rigorosamente, si afferma in alcune pronunce che tale conversione potrebbe operare solo laddove la domanda risarcitoria sia stata effettivamente formulata e comunque non presenti caratteri di mera ipoteticità: TAR Trieste, I, n. 221/2022.

[60] Pur con “aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo”: Cons. St., ad plen., n.4/2015.

[61] Cons. St., ad plen. n. 5/2015, Cons. St., ad. plen., n. 7/ 2013, cit., Cons. St., VI, n. 5854/2018.

[62] Cons. St., VI, n. 3299/2020.

[63] Cons. St., V, n. 2195/2017, Cons. St., VI, n. 3299/2020; Cass. Civ., n. 991/2014.

[64] Cons. St., ad. plen., n. 4/2015, in cui si nega la possibilità del g.a. di convertire la domanda di annullamento di una graduatoria di concorso, convertendola in domanda di risarcimento del danno, pur a distanza di molti anni dall’emanazione del provvedimento e pur a fronte dell’impatto sulle posizioni dei controinteressati.

[65] V. il secondo alinea: “Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’esperimento degli strumenti di tutela previsti”.

[66] Su cui v. ad es. Cons. St., ad. plen., n. 3/2011, secondo cui “La scelta di non avvalersi della tutela impugnatoria che, grazie anche alle misure cautelari previste dall’ordinamento processuale avrebbe probabilmente evitato in tutto o in parte il danno, integra violazione del canone di buona fede e dell’obbligo di cooperazione, spezza il nesso causale fra provvedimento e pregiudizio e, per l’effetto, in forza del principio di auto-responsabilità codificato dall’art. 1227, comma 2, c.c., comporta la non risarcibilità del danno evitabile; di conseguenza è legittima la sentenza del giudice di primo grado che, nel dichiarare irricevibile il ricorso proposto a distanza di molto tempo dalla data di comunicazione del provvedimento di cui si chiedeva l’annullamento, ha anche respinto anche la domanda di risarcimento dei danni sotto il profilo che i danni lamentati sarebbero stati in toto evitati se l’impresa si fosse tempestivamente avvalsa degli strumenti di tutela predisposti dall’ordinamento. Cfr. M. A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, Ad plen., 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell’azione risarcitoria e di Cass., Sez. un, 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all’annullamento di atti favorevoli)*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 6, 479 ss.

[67] Così, ad esempio, nel caso di subentro nel contratto di appalto del ricorrente vittorioso, retroattivamente privato di efficacia a seguito dell’annullamento del provvedimento di aggiudicazione alla gara: TAR Lazio, I, n. 7786/2021, Tar Campania, III, n. 3259/2020, TAR Campania, V, Napoli, n. 4802/2016, Id., II, n. 1669/2016, Cons. St., V, n. 633/2016, o in caso di proroga dell’efficacia di un’autorizzazione paesaggistica rilasciata alla ricorrente, per un periodo equivalente a quello in cui la Soprintendenza l’aveva privata di effetti con atti annullati dal giudice amministrativo, quale effetto conformativo della sua pronuncia: Cons. St., VI, n. 3887/2017; Cons. St., VI, n. 3867/2017. Nel senso di cui nel testo milita anche la negazione che la stessa domanda di risarcimento in forma specifica, nelle controversie in materia di contratti pubblici, determini improcedibilità della domanda di annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica, potendo rilevare ai soli fini dell’eventuale risarcibilità del danno subito: TAR Veneto, I, Venezia, n. 471/2017.

- [68] V., ampliamente, G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015.
- [69] G. Tropea, *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2015, 1262 ss.
- [70] Cons. St., IV, n.10439/2022, TRGA Trentino Alto Adige, Trento, I, n. 171/2022.
- [71] Cfr. per tutti, l'ampia analisi di F. tenG. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.
- [72] Alb. Romano, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, cit., 511 ss.
- [73] A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999, 111-142, A. Cioffi, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Napoli, 2012.
- [74] F. G. Scoca, *Op. cit.*, 309. Per tale distinzione, unitamente all'osservazione dell'incremento delle ipotesi in cui gli interessi legittimi sono divenuti protetti dall'ordinamento generale come diritti soggettivi, quindi risarcibili: Alb. Romano, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?* (Nota a Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500/ Com. Fiesole c. Vitali), in *Foro it.*, 1999, III, 3222-3225 e Id., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.* 1998, 1, 1.
- [75] P. G. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, 127 ss.
- [76] P. G. Portaluri, *Ibidem*. In tale senso anche F. Trimarchi Banfi, *Op. cit.* Affermano che il pregiudizio derivante a terzi da abusi edilizi, non si risolve in riduzione della visuale, potendo più in generale derivare dall'alterazione dell'equilibrio urbanistico del contesto e dell'armonico e ordinato sviluppo del territorio: Cons. Stato, VI, 19 luglio 2021, n. 5400/2021; TRGA Trentino Alto adige, Trento, n. 95/2021; TAR Lazio, Roma, II quater, 2019, n. 14960/2019, TRGA Trentino Alto Adige, Trento, n. 50/2022. Cfr. M. Nigro, *L'art.32 della legge urbanistica e l'individuazione degli interessi legittimi*, in *Foro it.*, 1962, I, 83 ss., che osservava come ogni attribuzione di poteri alla amministrazione vada inteso come attribuzione di compiti e di responsabilità ed implichi una situazione di dovere. Il potere quindi, per quanto ampia possa essere la discrezionalità, non esclude mai di per sé il sorgere di situazioni protette in altri soggetti.
- [77] V. alcune riflessioni in V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici (uso dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, 303 ss. Cfr. V. Cerulli Irelli, *Uso pubblico*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, 961, V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, 2014, 1, 3 ss. Con particolare riguardo alle posizioni assunte dalla giurisprudenza europea con riferimento agli interessi protetti dal diritto sovranazionale: M. C. Romano, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2013.
- [78] Alb. Romano, *La situazione legittimante*, cit.
- [79] G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 318 ss.
- [80] F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *Giustiziasieme*, 2021.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2617 – 18 gennaio 2023

«In interpretatione non fit claritas»: sulla duplice (anzi triplice) esegesi pretoria in materia di silenzio assenso *ex art. 17 bis* l. n. 241/1990 e parere paesaggistico soprintendentizio (nota a T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 13 ottobre 2022, n. 6303 e T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 02 novembre 2022, n. 2896)

di Gianluigi Delle Cave, dottorando di ricerca UNIBS

Sommario: 1. La vicenda. – 2. Le questioni: caratteristiche del parere soprintendentizio e silenzio assenso tra P.A. – 3. Il primo orientamento pretorio: sulla inapplicabilità “assoluta” del silenzio assenso. – 3.1. (segue): il parere soprintendentizio alla prova (negativa) del silenzio assenso tra P.A. – 4. Il secondo orientamento: gli ostacoli “procedimentali” all’applicazione dell’art. 17 bis. – 5. Il terzo orientamento: applicabilità del silenzio assenso “senza lacci e laccioli”. – 6. Conclusioni.

1. La vicenda.

La *querelle* sull’annosa questione dell’applicabilità dell’istituto del c.d. “silenzio assenso” tra amministrazioni, di cui all’art. 17 *bis* della l. n. 241/1990, al procedimento di rilascio dell’autorizzazione paesaggistica disciplinato dall’art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 (“Codice dei beni culturali e del paesaggio”), non accenna a terminare.

Costituiscono espressione di tale - attualissima - disputa pretoria (ma anche dottrinale) pure alcune recenti pronunce, in commento, dei giudici amministrativi campani (*i.e.* T.A.R. Napoli[1] e T.A.R. Salerno[2]); sentenze che offrono al giurista-lettore diversi, interessanti, spunti di riflessione, non solo quanto agli effettivi (diversi) orientamenti giurisprudenziali

articolarsi sul punto ad oggi, ma anche quanto alle ricadute “pratiche” che dette pronunce portano con sé.

Ed infatti, fermo restando quanto meglio si dirà nel seguito, in merito all’applicabilità del meccanismo del silenzio assenso[3] - di cui all’art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 - all’autorizzazione paesaggistica disciplinata dall’art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, ciò che emerge *de plano* dalle due sentenze in commento è la presenza di un articolato contrasto nella giurisprudenza amministrativa, laddove sono riscontrabili due, se non addirittura tre, orientamenti.

Comune punto di partenza delle opposte opinioni è che l’art. 17 *bis* si attaglia ai soli procedimenti c.d. “orizzontali”, ossia con fase decisoria pluristrutturata. La disposizione richiede, cioè, che le due amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) condividano la funzione decisoria, nel senso che entrambe devono essere titolari di un potere decisorio sostanziale. Al contrario, nel caso in cui un’amministrazione abbia un ruolo meramente formale, nel senso che raccoglie e trasmette l’istanza all’altra amministrazione, unica decidente, la decisione risulta mono-strutturata e il beneficiario del provvedimento va individuato nel solo soggetto privato (procedimento c.d. “orizzontale”).

Si discute, invece, *ex aliis*, sulla concreta applicabilità del meccanismo stesso del silenzio assenso tra amministrazioni alla fattispecie in commento, che, come noto - e a seguire l’orientamento pretorio “prevalente” sul punto - si inserisce all’interno del procedimento di “co-gestione” dell’istruttoria ed è applicabile esclusivamente nei rapporti che intercorrono tra amministrazione “precedente” all’adozione di un provvedimento definitivo e quelle competenti a rendere “assensi, concerti o nulla osta” al fine dell’adozione di provvedimenti normativi o amministrativi nei confronti di una terza amministrazione, come l’atto di autorizzazione paesaggistica rilasciato dalla Regione e dalla Soprintendenza di cui al succitato art. 146.

2. Le questioni: caratteristiche del parere soprintendentizio e silenzio assenso tra P.A.

L’attuale formulazione dell’art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 rende centrale il ruolo della Soprintendenza, muovendo dalla considerazione della “supremazia” del paesaggio, in particolar modo qualora venga in conflitto con altri valori. In particolare, l’oggetto e l’ampiezza dell’intervento del Soprintendente si deduce dal tenore del comma 8 dell’art. 146: si tratta di un atto a contenuto decisorio e di un giudizio di merito tecnico-discrezionale[4]. Il Soprintendente si esprime circa la compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo insieme nonché sulla conformità di tale intervento con le previsioni del piano paesaggistico e/o con quelle dell’art. 140 del codice, entro il termine di 45 giorni decorrente dalla ricezione degli atti. Più nel dettaglio, nell’ipotesi di cui al comma 8, il parere del Soprintendente assume la natura di atto decisorio o meglio di “atto di codecisione”[5] e ha natura vincolante, pertanto l’amministrazione precedente non potrà disattenderlo, salva l’ipotesi in cui risulti che il parere sia stato reso sulla base di atti o fatti palesemente erronei o travisati[6]. Nonostante i plurimi interventi del legislatore sulla normativa *de qua* - con il decreto c.d. “Sblocca Italia” e con la c.d. “legge Madia”[7] - restano, tutt’oggi, irrisolte alcune questioni fondamentali relative alle funzioni della Soprintendenza, vale a dire (i) l’effetto dell’inerzia del Soprintendente e (ii) la possibilità di prescindere dal relativo parere[8].

Orbene, secondo una prima ricostruzione interpretativa, la Soprintendenza conserverebbe il potere consultivo; pertanto, il parere tardivo avrebbe comunque natura vincolante, se intervenuto prima della conclusione del procedimento (risultando altrimenti legittimo ma *inutiliter* dato). L'inerzia della Soprintendenza, quindi, avrebbe il solo effetto di consentire all'amministrazione competente di concludere il procedimento senza dover attendere il parere[9]. In base ad un secondo orientamento, il parere tardivo perderebbe il carattere vincolante, diventando autonomamente valutabile tra i materiali istruttori dall'amministrazione competente sull'autorizzazione; il silenzio avrebbe quindi un effetto devolutivo, comportando l'assunzione del pieno potere decisorio sulla istanza di autorizzazione in capo alla regione o all'ente delegato[10]. Infine, in base ad una terza opzione, il decorso dei 45 giorni determinerebbe la consumazione del potere consultivo e l'eventuale parere tardivo sarebbe nullo per carenza di potere[11].

L'opinione prevalente in giurisprudenza è la seconda[12], in base alla quale, scaduto il termine previsto dalla norma, il parere reso dalla Soprintendenza, è da considerarsi privo dell'efficacia attribuitagli dalla legge e cioè privo di valenza obbligatoria e vincolante, statuendosi peraltro che la decorrenza del termine non ne impedisce comunque *tout court* l'espressione[13]. Sul punto, pare opportuno rilevare, però, che l'art. 16 della l. n. 241/1990 – nel dettare una disciplina generale di semplificazione dei pareri e nel prevedere una forma di semplificazione, in caso di pareri obbligatori non resi nel termine previsto[14] – esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione quelli resi da amministrazioni preposte, tra l'altro, alla tutela paesaggistica[15]. La *ratio* dell'eccezione alla regola generale della “prescindibilità” risiede nel fatto che si tratta di valori di assoluta preminenza, la cui tutela costituisce un limite alla piena applicazione degli istituti di semplificazione amministrativa[16].

In tale contesto, dunque, si inserisce la disposizione di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990. Il dibattito si sposta, quindi, sulla portata generale della previsione del silenzio assenso tra amministrazioni, sancito dalla norma sopra richiamata, che coinvolgerebbe, altresì, il parere della Soprintendenza nell'ambito del procedimento di autorizzazione paesaggistica[17]. Applicabilità, si badi, comunque in controtendenza rispetto: (i) alla giurisprudenza della Corte costituzionale[18], che ha ripetutamente affermato che per il profilo paesaggistico opera il principio fondamentale della necessità di pronuncia esplicita, non potendo avere il silenzio della P.A. valore di assenso; (ii) del Consiglio di Stato, che ha rilevato più volte l'«*indeclinabilità della funzione pubblica di tutela del paesaggio per la particolare dignità data dall'essere iscritta dall'art. 9 Cost. tra i principi fondamentali della repubblica, il che comporta che la sua cura faccia eccezione, se in conflitto con gli obiettivi di semplificazione e accelerazione amministrative*»[19].

Ebbene, come detto in premessa, proprio su detta applicabilità del meccanismo del silenzio assenso sussiste un articolato contrasto nella giurisprudenza amministrativa, laddove sono riscontrabili due, se non addirittura tre, orientamenti, di seguito succintamente esaminati.

3. Il primo orientamento pretorio: sulla inapplicabilità “assoluta” del silenzio assenso.

Giova premettere, in sintesi, che il filone negativo all'operatività del silenzio assenso in materia di autorizzazione paesaggistica muove dal fatto che essa costituisce un

provvedimento “mono-strutturato”, essendo il relativo procedimento attivato ad istanza della parte privata interessata e non della P.A. procedente.

In sostanza, secondo il primo orientamento giurisprudenziale (a cui aderisce la Sezione II del T.A.R. Campania, Salerno, con la sentenza in commento)[20], il rapporto tra Regione/Ente locale e Soprintendenza, all'interno del procedimento di autorizzazione paesaggistica, è meramente interno, ossia finalizzato a “co-gestire” non la fase decisoria, ma quella istruttoria. Viene rimarcata, inoltre, 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». Pertanto, il parere reso tardivamente non è inefficace. Esso però non vincola la P.A. procedente, alla quale «*tocca tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici*»; ciò pure in virtù del disposto di cui al comma 9 dell'art. 146 cit., norma che istituisce una forma di silenzio devolutivo, per definizione incompatibile con il silenzio assenso[21].

In sostanza, secondo tale esegesi pretoria, non può ritenersi mai formato il silenzio assenso *ex art. 17 bis*, comma 2, della l. n. 241/1990 da parte della Soprintendenza, poiché tale meccanismo vale esclusivamente nei rapporti fra l'amministrazione “procedente” e quelle chiamate a rendere “assensi, concerti o nulla osta”, e non anche nel rapporto “interno” fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi (nel caso di specie, Regione e Soprintendenza)[22]. Ed infatti, i giudici amministrativi enfatizzano il fatto che l'istituto del silenzio assenso di cui sopra non riguarda la fase istruttoria del procedimento amministrativo, che rimane regolata dalla pertinente disciplina positiva, influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium*, con la conseguenza che l'amministrazione 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.

In merito, pare doveroso premettere che l'art. 17 *bis* l. n. 241/90, inserito nella legge generale sul procedimento amministrativo dalla l. n. 07 agosto 2015 n. 124 (c.d. “legge Madia”), ha generalizzato il silenzio assenso[23] tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti normativi ed amministrativi che prevedano atti di assenso, concerto o nulla osta comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche. La disposizione prevede che tali atti di assenso debbano intendersi implicitamente acquisiti qualora siano decorsi vanamente trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato dalla relativa documentazione da parte dell'amministrazione procedente[24]. Il previsto termine è suscettibile di una unica interruzione nei casi in cui vengano rappresentate nel termine stesso esigenze istruttorie o motivate e puntuali richieste di modifica. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nel procedimento, la decisione sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento è assunto dal Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri. Ai sensi del comma 3, dell'art 17 *bis* cit., detto silenzio trova espressa applicazione anche nel caso in cui l'atto di assenso sia richiesto ad una amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini[25]. In tali casi l'unica mitigazione è rappresentata dalla previsione di un termine maggiore, pari a novanta giorni, salvi i termini diversi previsti da disposizioni di legge o dai provvedimenti di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990.

L'articolo in esame, nella sostanza, stabilisce che, se una pubblica amministrazione deve acquisire "assensi, concerti o nulla osta" da parte di altra amministrazione, quest'ultima dispone di un termine di trenta giorni per formulare la propria risposta, decorso il quale la richiesta viene considerata accolta (e quindi "assensi, concerti o nulla osta" considerati acquisiti). Il tenore letterale della norma induce a ritenere che essa si applichi esclusivamente alle ipotesi in cui tali "assensi, concerti o nulla osta" siano prescritti per legge o regolamento; in altri termini, la disposizione è certamente rivolta ai procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti c.d. "pluristrutturati", intendendo con questa espressione tutti quei provvedimenti che sono espressione di più volontà espresse da diverse amministrazioni.

L'articolo in commento attiene, poi, esclusivamente al silenzio assenso tra P.A. mentre il silenzio dell'amministrazione precedente nei procedimenti ad istanza di parte continua ad essere regolato dall'art. 20 della l. n. 241/1990, il cui comma 4, come noto, esclude dalla generalizzazione del silenzio significativo gli atti ed i procedimenti riguardanti, tra gli altri interessi sensibili menzionati, il patrimonio culturale e l'ambiente[26].

Una delle questioni più discusse, connesse con tale istituto, concerne l'operatività del meccanismo di silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni nei casi in cui vengano in rilievo proprio interessi pubblici primari[27].

Sul tema si sono confrontate in dottrina due posizioni opposte[28]: da un lato vi è chi ha denunciato i gravi rischi connessi alla disciplina dell'art. 17 *bis* che avrebbe gravemente indebolito la tutela di beni ed interessi primari (quali, l'ambiente, i beni culturali, la salute) senza peraltro prevedere alcun adeguato intervento compensativo[29]; dall'altro lato, vi è chi ha invece salutato con favore la disciplina ed escluso i paventati rischi per la tutela effettiva degli interessi sensibili[30].

In merito, la giurisprudenza costituzionale ed europea si è più volte espressa sulla necessità che, qualora vengano in gioco interessi pubblici primari, l'Amministrazione preposta all'emanazione del provvedimento finale, compia una completa istruttoria, al fine di garantire la tutela dell'interesse pubblico sotteso al provvedimento[31]. In particolare, in ambito paesaggistico, muovendo proprio dalla considerazione che la tutela dell'ambiente e della salute trovino un esplicito riferimento nel testo costituzionale e che questo implichi che «*sono indispensabili per il rilascio dell'autorizzazione accurate indagini ed accertamenti tecnici, nonché controlli specifici per la determinazione delle misure e degli accorgimenti da osservarsi e per evitare danni facilmente possibili per la natura tossica e nociva dei rifiuti accumulati*»[32], la Corte ha costantemente affermato che «*opera il principio fondamentale, risultante da una serie di norme in materia ambientale, della necessità di pronuncia esplicita, mentre il silenzio dell'Amministrazione non può avere valore di assenso*»[33].

Diversamente da tale indirizzo, con riferimento all'applicabilità del silenzio *de quo* anche in materie sensibili, si è espresso l'indirizzo giurisprudenziale qui esaminato[34]. Innanzitutto, secondo tale orientamento, il silenzio assenso in esame introduce un "nuovo paradigma" nei rapporti tra amministrazioni pubbliche, operando in una duplice prospettiva di semplificazione[35]. Da un lato, la norma incide sui tempi del procedimento amministrativo (fissando il termine in trenta giorni, salva l'ipotesi degli interessi primari); dall'altro, equipara l'inerzia ad un atto di assenso, che consente all'amministrazione precedente di assumere la decisione finale. Tale istituto si basa su di una contrarietà di fondo del legislatore nei confronti dell'inerzia amministrativa, che viene stigmatizzata «*al punto tale da ricollegare al silenzio dell'amministrazione il più efficace dei rimedi, che si traduce, nell'equiparazione del silenzio della P.A. ad*

un provvedimento di accoglimento»[36]. In ragion di ciò, il silenzio assenso si sostanzia, per le pubbliche amministrazioni, nella perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento.

Sull'ambito applicativo (soggettivo e oggettivo) di tale silenzio, si è poi affermato: (i) con riferimento al piano soggettivo, l'applicabilità del nuovo istituto anche a Regioni ed enti locali, oltre che agli organi politici sia quando essi adottano atti amministrativi o normativi, sia quando sono chiamati ad esprimere concerti, assensi o nulla osta comunque denominati nell'ambito di procedimenti per l'adozione di atti amministrativi o normativi di competenza di altre Amministrazioni, rilevando, in buona sostanza, la natura dell'atto da adottare (amministrativo o normativo), non la natura dell'organo (amministrativo o politico) titolare della competenza "interna" nell'ambito della pubblica Amministrazione che di volta in volta viene in considerazione; (ii) con riferimento all'ambito applicativo oggettivo della norma, esso sarebbe applicabile a ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d'ufficio) che preveda una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra Amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso. Ed infatti, «*il silenzio assenso "orizzontale" previsto dall'art. 17-bis opera, nei rapporti tra Amministrazioni co-decidenti, quale che sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento, non potendosi sotto tale profilo accogliere la tesi che, prospettando un parallelismo con l'ambito applicativo dell'art. 20 concernente il silenzio assenso nei rapporti tra privati, circoscrive l'operatività del nuovo istituto agli atti che appartengono alla categoria dell'autorizzazione, ovvero che rimuovono un limite all'esercizio di un preesistente diritto»*[37]. Con riferimento all'applicazione della norma agli atti di tutela degli interessi sensibili, secondo i giudici amministrativi, dovrà quindi essere esclusa laddove la relativa richiesta non provenga dall'Amministrazione procedente, ma dal privato destinatario finale dell'atto, in tal caso, venendo in rilievo un rapporto verticale per cui troverà applicazione l'art. 20 della legge n. 241 del 1990 (che esclude dal suo campo di applicazione gli interessi sensibili).

In sintesi, il silenzio assenso "inter-amministrativo" si inserisce in una fase procedimentale anteriore rispetto a quella tipica del silenzio assenso *ex art. 20*: l'istituto dell'art. 17 *bis* inerisce, infatti, alla fase finale dell'istruttoria procedimentale e, per questo, rappresenta una forma di silenzio endoprocedimentale non destinato a produrre effetti esteriori diretti. Gli interessi sensibili, quindi, restano pienamente tutelati nella fase istruttoria, non potendo la decisione finale essere assunta senza che tali interessi siano stati ritualmente acquisiti al procedimento, tramite l'obbligatorio parere o l'obbligatoria valutazione tecnica di competenza dell'Amministrazione preposta alla loro cura. Quanto alla successiva fase decisoria, anche nei casi in cui opera il silenzio assenso, l'interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione procedente.

3.1. (segue): il parere soprintendentizio alla prova (negativa) del silenzio assenso tra P.A.

Ebbene, con riferimento all'effettiva applicabilità dell'istituto sopra descritto all'autorizzazione paesaggistica, quest'ultima è il frutto di quella che viene definita dalla dottrina in termini di "cogestione del vincolo paesaggistico", affidata ai poteri concorrenti di Stato e Regioni (e, per esse, alle amministrazioni eventualmente delegate), il cui esercizio porta ad una fattispecie co-decisoria che, sulla base di una proposta motivata di accoglimento, viene in essere con il concorso di due atti distinti, il parere vincolante della Soprintendenza ed il consenso espresso dall'autorità competente al rilascio del provvedimento. A tal

proposito, si ribadisce ancora una volta come, *ab origine*, non sia stata accolta con favore l'operatività del silenzio ex art. 17 *bis* cit. nel caso in cui l'atto di assenso fosse richiesto ad un'amministrazione preposta alla tutela ambientale e paesaggistico-territoriale; ciò con particolare riferimento al silenzio serbato dalla Soprintendenza chiamata a rendere il parere sulla proposta di provvedimento predisposta dalla Regione (o dall'ente da questa delegato). Come rilevato dalla dottrina, infatti, l'applicabilità dell'istituto in esame «*appare sicuramente più proporzionata e ragionevole se rapportata alle fattispecie di lieve entità individuate dal regolamento* [il riferimento è al d.P.R. n. 31/2017^[38]], *piuttosto che con riguardo alle fattispecie assoggettate ad autorizzazione paesaggistica c.d. ordinaria*»^[39].

Ebbene, muovendo dalle conclusioni di tale indirizzo giurisprudenziale, vale la pena evidenziare come l'art. 146, ai commi 8, 9 e 10, stabilisce che se la Soprintendenza non rende entro sessanta giorni il proprio parere, può prescindere dallo stesso e l'autorità procedente è tenuta ugualmente a concludere il procedimento nei successivi venti giorni, decorsi inutilmente i quali l'interessato può richiedere alla Regione o ad altro ente competente il rilascio dell'autorizzazione in via sostitutiva.

Pertanto, rispetto al meccanismo di superamento degli arresti procedurali, l'attribuzione del valore di assenso all'inerzia della Soprintendenza, *ex se* non ostativa alla conclusione del procedimento, non presenta alcuna attitudine acceleratoria ulteriore. Nel sistema delineato dall'art. 146, in buona sostanza, l'inadempimento della Soprintendenza non possiede alcun significato sostanziale ma, al più, un effetto procedimentale-devolutivo: ed infatti, «*da un lato, l'onere istruttorio ricade interamente sull'autorità procedente, chiamata ad adottare, con congrua motivazione, il provvedimento conclusivo; dall'altro, il parere tardivamente rilasciato non è privo di rilevanza giuridica, potendosi al più discutere sul carattere vincolante o meno dello stesso*»^[40]. Con l'applicazione dell'art. 17 *bis*, invece, il silenzio della Soprintendenza sarebbe assimilato *tout court* a un parere favorevole sulla proposta di provvedimento, sganciato quindi da una effettiva istruttoria o valutazione dell'impatto paesaggistico del progetto^[41] e rimovibile solo in autotutela, ove ne ricorrano i presupposti e nel rispetto dei limiti evidenziati dal Consiglio di Stato nel parere n. 1640/2016^[42].

Inoltre, l'attribuzione di un valore legale tipico di assenso a un evento di per sé neutro, quale il decorso di un intervallo di tempo, «*rischia di causare una indebita commistione tra durata del procedimento e contenuto del provvedimento*»^[43]. Infatti, più che l'interesse alla certezza e celerità dei tempi, le conseguenze applicative dell'istituto appaiono volte a soddisfare l'interesse sostanziale del richiedente all'ottenimento del titolo autorizzatorio, con conseguenze faticosamente ammissibili sul piano della tutela paesaggistica: se da un lato, alla luce delle diverse complessità organizzative, la probabilità che diversi sub-procedimenti di competenza ministeriale si definiscano per silenzio non è remota, dall'altro, il *favor* per l'assenso diminuisce considerevolmente il livello di "restrittività" della tutela, ponendosi in netto contrasto con la logica precauzionale a essa sottesa.

Ebbene, i giudici amministrativi, pure nella sentenza in commento (n. 2896/2022), pur non smentendo in maniera *tranchant* l'orientamento secondo cui il meccanismo del silenzio assenso operi anche nel caso di rilascio di autorizzazione paesaggistica ex art. 146 del d.lgs. n. 42/2004^[44], ne specificano e delimitano la portata: il silenzio assenso di cui all'articolo 17 *bis* influisce, quindi, solo sulla fase decisoria del procedimento, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium* a seguito del quale l'amministrazione procedente è, comunque, tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito di detta istruttoria, a elaborare uno

schema di provvedimento da sottoporre all'assenso dell'amministrazione co-decidente. Le esigenze di completezza dell'istruttoria, dunque, in quanto non incise dalla formazione del silenzio assenso ex art. 17 *bis* cit., non potrebbero essere invocate per limitare l'applicazione del relativo istituto.

In sostanza, il silenzio assenso ex art. 17 *bis* della l. n. 241/90: (i) non riguarderebbe la fase istruttoria del procedimento amministrativo (che resta regolata dalla pertinente disciplina positiva), influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium*; (ii) non potrebbe comunque essere inteso come un sacrificio (necessitato, in ragione delle esigenze di tempestivo esercizio del pubblico potere) in danno dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'Amministrazione silente.

In altri termini, il silenzio assenso nei rapporti tra pubbliche amministrazioni, proprio perché ispirato ai principi di efficienza e, quindi, di buon andamento amministrativo, solleciterebbe una migliore organizzazione delle risorse amministrative, garantendo al contempo l'effettiva protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti in sede procedimentale. In particolare, una volta conclusa l'istruttoria e definito lo schema di provvedimento da porre a base della successiva fase decisoria, occorre che: da un lato, l'Amministrazione interpellata agisca tempestivamente, manifestando prontamente le proprie perplessità sullo schema di provvedimento ricevuto, rappresentando eventuali esigenze istruttorie o adottando espressamente il proprio avviso su quanto richiesto; dall'altro, l'Amministrazione procedente valuti comunque l'interesse pubblico affidato alla cura dell'Amministrazione interpellata in ipotesi rimasta inerte, assumendo, all'esito della formazione del silenzio assenso ex art. 17 *bis*, una decisione conclusiva del procedimento (comunque necessaria) che tenga in debita considerazione anche l'interesse pubblico sotteso all'atto di assenso implicitamente acquisito.

In tale maniera si assicura non soltanto la tempestiva adozione della decisione finale, ma anche un'adeguata protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti nell'esercizio del potere, pure in assenza di una determinazione espressa dell'Amministrazione interpellata.

4. Il secondo orientamento: gli ostacoli “procedimentali” all'applicazione dell'art. 17 *bis*.

Un originale orientamento di segno contrario, ma in realtà dotato di ricadute pratiche alquanto simili all'art. 17 *bis*, è stato assunto in via pretoria più recentemente (si veda, su tutte, Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2022, n. 4098)[45].

In particolare, tale “via” pretoria nega che esistano ragioni di natura sostanziale per respingere il fatto che, sul parere soprintendentizio, si possa formare il silenzio assenso di cui all'art. 17 *bis*, non inferendosi ciò dal mero fatto che il procedimento “principale” sia avviato ad istanza di un privato ed anzi evidenziando «che la disciplina del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, disegnata dall'art. 146 del D.lgs. 42/2004, per vari aspetti rispecchia quella del silenzio assenso ex art. 17 *bis*».

Secondo l'orientamento giurisprudenziale in commento, l'ostacolo all'applicazione della norma semplificatoria è, viceversa, costituito dalla scansione procedimentale indicata dal comma 9 dell'art. 146, secondo cui l'amministrazione competente”, cioè la regione o l'ente

delegato, “provvede comunque”: dal che si desume che in tal caso l’amministrazione procedente è tenuta a adottare il provvedimento finale in maniera espressa, ma non necessariamente nel senso precedentemente prefigurato^[46].

Ora, secondo tale orientamento, se presupposto all’art. 146, comma 9, cit. 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”»*.

Ciò nondimeno, i giudici amministrativi hanno osservato 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^[47].

Tuttavia, l’amministrazione procedente, 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.

L’orientamento in questione esprime, poi, pure ulteriori considerazioni quanto alle fattispecie di silenzio assenso per le opere minori, di cui all’art. 11, comma 9, del d.P.R. n. 31/2017^[48]. In tale ipotesi, in sintesi, la formazione del silenzio assenso “endoprocedimentale” si verificherebbe solo nel caso in cui la Soprintendenza, ricevuta la proposta dalla “amministrazione procedente”, rimanga assolutamente silente, omettendo di esprimersi in qualsiasi modo. Di conseguenza, il silenzio assenso di cui all’art. 11, comma 9, del d.P.R. cit. deve ritenersi impedito dal fatto che la Soprintendenza, prima che si formi il silenzio assenso (e quindi, prima che sia decorso il termine di 20 giorni dal ricevimento della proposta di accoglimento, da parte della Soprintendenza), notifichi motivi ostativi all’accoglimento ai sensi dell’art. 11, comma 7. Subentrerà, a quel punto, l’obbligo per il Soprintendente di emettere il provvedimento di conferma del diniego entro il termine indicato al medesimo comma 7 (venti giorni dal ricevimento delle osservazioni o dalla scadenza del termine a tal fine assegnato), termine dal cui rispetto dipende la natura vincolante, o meno, del parere reso dal Soprintendente.

Pertanto, in sintesi:

(i) se il parere negativo definitivo del Soprintendente pervenga entro il termine indicato dall’art. 11, comma 7, sarà vincolante per l’amministrazione procedente;

(ii) se il parere negativo non sarà più emesso, o sarà emesso tardivamente, l'amministrazione procedente provvederà come ritiene, senza essere vincolata da alcun silenzio assenso, e quindi all'occorrenza anche potendo tenere conto dei rilievi ostativi della Soprintendenza, e a maggior ragione di un parere negativo tardivamente giunto;

(iii) il parere tardivo emesso dalla Soprintendenza, ai sensi dell'art. 11, comma 7, del D.P.R. n. 31/2017, non sarà illegittimo per contrasto con un silenzio assenso già formatosi, quando sia stato preceduto dalla notifica dei motivi ostativi all'accoglimento, i quali - come detto - impediscono la formazione del silenzio assenso di cui all'art. 11, comma 9, sempre che intervengano prima del termine indicato, dal combinato disposto dell'art. 11, comma 5 e 9, per la formazione del silenzio assenso;

(iv) il termine indicato dall'art. 11, comma 7, per la trasmissione dei motivi ostativi all'accoglimento (10 giorni dal ricevimento della proposta) deve intendersi meramente sollecitatorio, consumandosi il potere del Soprintendente di notificare i motivi ostativi solo nel momento in cui si forma il silenzio assenso *ex art. 17 bis*.

5. Il terzo orientamento: applicabilità del silenzio assenso “senza lacci e laccioli”.

Esiste, infine, un terzo orientamento pretorio (richiamato pure dalla Sezione VII del T.A.R. Campania, Napoli, nella seconda sentenza in commento^[49]), di segno positivo “senza condizioni” all'applicabilità dell'istituto del silenzio assenso al parere della Soprintendenza^[50], che muove dalla considerazione per cui tutti i pareri vincolanti partecipano alla formazione di un provvedimento finale pluristrutturato, in quanto la decisione dell'amministrazione procedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione.

A tali pareri, si applicherebbe pertanto l'art. 17 *bis* della legge n. 241/1990, diversamente che ai pareri consultivi (non vincolanti), che restano assoggettati alla disciplina di cui agli artt. 16 e 17. Dunque, la formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17 *bis* consente di estendere il meccanismo del silenzio assenso anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini, di modo che, scaduto il termine fissato dalla normativa di settore, vale la regola generale del silenzio assenso^[51].

Ed infatti, si chiarisce nella seconda sentenza in commento che - sul piano generale - qualora la richiesta di assenso non promani dal privato, bensì afferisca ai rapporti orizzontali tra pubbliche amministrazioni, «*il legislatore ha tracciato un istituto molto semplificato che consente espressamente la formazione del silenzio assenso, entro il termine definito dalla normativa di settore, ovvero, in mancanza di diversa previsione, in novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente; decorso siffatto termine senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito*». In buona sostanza, secondo tale orientamento giurisprudenziale, la formazione di atti di assenso per *silentium* costituisce istituto in “diretta funzione” dell'efficiente esercizio del pubblico potere^[52], con il precipuo scopo di evitare che, ove il procedimento debba concludersi con l'adozione di una decisione pluristrutturata implicante un accordo tra più Amministrazioni codecidenti, la condotta inerte

dell'Amministrazione interpellata possa produrre un arresto del procedimento, impedendo la tempestiva adozione della determinazione conclusiva^[53].

Muovendo dal dato normativo applicabile, in particolare, l'orientamento pretorio in esame evidenzia che, il parere in esame costituisce espressione di "cogestione attiva" del vincolo paesaggistico, nel quale l'apprezzamento di merito correlato alla tutela del valore paesaggistico è rimesso alla Soprintendenza. Se così è, ad esso ben si attaglierebbero le argomentazioni espresse dal Consiglio di Stato, in sede consultiva, col parere n. 1640/2016 cit., secondo cui:

(i) L'art. 17 *bis* opera in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione pluristrutturata (nel senso che la decisione finale da parte dell'amministrazione procedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione), per i quali il silenzio dell'amministrazione interpellata, che rimanga inerte non esternando alcuna volontà, non ha più l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale ma è, al contrario, equiparato *ope legis* a un atto di assenso e consente all'amministrazione procedente l'adozione del provvedimento conclusivo;

(ii) L'art. 17 *bis* è, quindi, destinato ad applicarsi solo ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata e, dunque, nei casi in cui l'atto da acquisire, al di là del *nomen iuris*, abbia valenza codecisoria. In base a tali considerazioni, deve, allora, ritenersi che la disposizione sia applicabile anche ai pareri vincolanti, e non, invece, a quelli puramente consultivi (non vincolanti) che rimangono assoggettati alla diversa disciplina di cui agli artt. 16 e 17 della l. n. 241 del 1990. Gli interessi sensibili, quindi, restano pienamente tutelati nella fase istruttoria, non potendo la decisione finale essere assunta senza che tali interessi siano stati ritualmente acquisiti al procedimento, tramite l'obbligatorio parere o l'obbligatoria valutazione tecnica di competenza dell'amministrazione preposta alla loro cura;

(iii) L'applicazione della norma agli atti di tutela degli interessi sensibili dev'essere esclusa laddove la relativa richiesta non provenga dall'amministrazione procedente, ma dal privato destinatario finale dell'atto.

Orbene, configurandosi come ipotesi di "cogestione attiva" del vincolo paesaggistico, il procedimento di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 rientrerebbe a pieno titolo tra le decisioni pluristrutturate, nelle quali, per poter emanare il provvedimento conclusivo, l'amministrazione procedente deve, per obbligo di legge, acquisire l'assenso vincolante di un'altra amministrazione.

Esso è dunque reso nell'ambito di un rapporto intersoggettivo di tipo orizzontale, intercorrente tra due pubbliche amministrazioni, l'una proponente e l'altra deliberante. Inoltre, l'espressa qualificazione in termini provvedimentali, data dal legislatore al parere ("in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'art. 10 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241")^[54], rende concepibile che su di esso possa formarsi il silenzio assenso^[55].

L'indicato rapporto pubblico intersoggettivo, poi, non va confuso col diverso rapporto, di tipo verticale, intercorrente tra amministrazione procedente (Regione o ente delegato) e privato, culminante nel provvedimento di rilascio o diniego dell'autorizzazione paesaggistica e riguardo al quale il silenzio assenso non può evidentemente operare^[56]. Né va confuso

con la decisione “monostrutturata” - rinvenibile, ad esempio, nei casi di gestione di pratiche tramite SUAP -, dove l'amministrazione procedente assume un ruolo meramente formale (raccolge e trasmette l'istanza all'amministrazione unica decidente). In questo caso, infatti, non essendoci un'amministrazione co-decidente, il vero beneficiario del silenzio assenso sarebbe il privato, avendosi, quindi, un'ipotesi silenzio assenso nei rapporti (non endoprocedimentali, ma) con i privati.

Infine, verso l'applicabilità dell'art. 17 *bis* della l. n. 241 del 1990 al parere *ex art.* 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, deporrebbe anche l'art. 11, comma 9, del d.P.R. n. 31 del 2017, in tema di procedura autorizzativa paesaggistica semplificata, che recita: “in caso di mancata espressione del parere vincolante del soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'art. 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica”. È evidente come la suddetta norma, di rango regolamentare, non può certo essere in contrasto con la disciplina primaria, così da trasformare, sia pur nell'ambito di un regime semplificato, un rapporto verticale concepito dalla legge come “monostrutturato” (cui non è applicabile l'art. 17 *bis*) in un rapporto orizzontale “pluristrutturato” (cui è applicabile l'art. 17 *bis*)^[57].

6. Conclusioni.

Alla luce di quanto sopra esposto, è doveroso evidenziare, in primissima battuta, come le esigenze di accelerazione dell'azione amministrativa (favorite e incentivate anche attraverso l'applicazione di istituti come quello del silenzio assenso tra P.A.) non possono frustrare, *tout court*, alcune garanzie minime a tutela di interessi particolarmente sensibili, come quelli inerenti alla salvaguardia del paesaggio^[58]. Proprio con riferimento a questi ultimi, poi, è lo stesso legislatore ad aver individuato un equo punto di stabilità fra la tutela di un valore di rilievo costituzionale (la tutela del paesaggio) e l'esigenza – ugualmente rilevante anche ai fini costituzionali – di assicurare la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, imponendo che i poteri della Soprintendenza debbano essere esercitati entro un termine sicuramente congruo ma allo stesso tempo certo e non superabile^[59].

Ancora, circa l'applicabilità degli strumenti di semplificazione amministrativa – tra cui certamente rientra l'istituto del silenzio tra amministrazioni *ex art.* 17 *bis* della l. n. 241/1990 – alla fattispecie qui esaminata, pare doveroso evidenziare come il concetto stesso di “semplificazione” implica *ex se* lo snellimento e l'alleggerimento delle forme di esercizio del potere, eliminando superflue duplicazioni o sovrapposizioni delle fasi procedimentali attribuite a sfere di competenza differenti (o ad amministrazioni diverse) per la soluzione del c.d. “problema amministrativo”. Se è vero, quindi, che la semplificazione si traduce in uno strumento atto alla realizzazione di quel cristallino principio di buon andamento della P.A. (ai sensi dell'art. 97 Cost.) e dei connessi valori di efficacia ed efficienza dell'azione pubblica, ciò non implica, tuttavia, che sia possibile prevedere aprioristicamente tutti i casi in cui detta semplificazione possa ritenersi adeguata e soddisfacente^[60].

Nella prospettiva dell'art. 17 *bis* cit., il ragionamento da applicarsi deve contemperare due considerazioni di natura divergente: da un lato, la generale estensione del silenzio assenso alle P.A. anche nelle materie sensibili (come il paesaggio) rappresenta certamente un passaggio importante, dal momento che è proprio in tali settori che l'inerzia amministrativa

sembrerebbe avere un maggiore impatto (nonostante la palese delicatezza degli interessi in gioco); dall'altro, la supremazia di alcuni interessi pubblici rende quantomeno doveroso un effettivo bilanciamento e una certissima ponderazione con altri interessi rilevanti[61].

A ciò si aggiunga che la recente riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost.[62] - cheché relativa all'introduzione della tutela dell'ambiente come principio fondamentale della Repubblica - pare proprio rimarcare, in chiave ermeneutica, che l'ambiente, così come il paesaggio stesso, non possano essere considerati come una mera *res* quanto, piuttosto, come valori primari costituzionalmente protetti (*rectius*, "tutelati")[63]; valori, quindi, che non possono essere salvaguardati mediante il semplice silenzio, ma devono trovare sempre un meccanismo normativo che preveda un soggetto istituzionalmente preposto che valuti se vi siano o meno conseguenze pregiudizievoli (si veda, non a caso, anche la "nuova" gerarchia dei valori all'interno delle restrizioni apportionabili alla libertà di impresa *ex art.* 41 Cost., ove i limiti di "ambiente" e "salute" sono chiaramente anteposti a quelli già vigenti[64]). Se da un lato, quindi, la ricaduta della suddetta novella sulla sfera dell'attività amministrativa è certamente l'ineluttabilità di un confronto - paritario, puntuale e nel merito ("contesto fisico per contesto"[65]) - degli e sugli interessi sensibili in gioco, dall'altro pare comunque che i "rimarcati" principi fondamentali di tutela dell'ambiente (e del paesaggio) non possano essere sacrificati sull'altare dei meccanismi di silenzio assenso, a maggior ragione se ci si basa sul mero tenore delle disposizioni normative in sé considerate e non sulle conseguenze che possono derivare dalla loro applicazione (*i.e.* l'effetto "pratico" contrastante con i principi costituzionali[66]).

Orbene, alla luce di quanto sopra detto, una possibile soluzione al problema applicativo (e interpretativo) dell'istituto del silenzio assenso al procedimento di autorizzazione paesaggistica potrebbe essere quella di riaffermare il valore di "inadempimento" collegato al silenzio della Soprintendenza, superando l'infelice coordinamento con le previsioni di cui all'art. 17 *bis* cit. Ciò in aggiunta ad una più puntuale definizione del perimetro di efficacia del parere tardivamente rilasciato, attraverso il riconoscimento esplicito allo stesso di una - certamente circoscritta e delimitata - valenza, così sottraendolo, peraltro, all'applicazione della scure dell'inefficacia sancita dal neo comma 8 *bis* dell'art. 2 della l. n. 241/1990[67]. In tal caso, però, il silenzio assumerebbe un carattere quasi "devolutivo"[68], con conseguente responsabilizzazione dell'autorità procedente nell'assunzione della decisione finale e incentivazione della stessa all'utilizzo del parere adottato tardivamente, soprattutto se di segno contrario al progetto autorizzando o recante prescrizioni[69].

In definitiva, date le perimetrare remore di cui sopra (in particolare quelle riferite al contesto costituzionale), non parrebbe applicabile *tout court* il disposto di cui all'art. 17 *bis* al procedimento disciplinato dall'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, nemmeno se "limitato" alla sola pronuncia del parere della Soprintendenza[70]; diversamente, 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, ben si potrebbe configurare un'ipotesi di silenzio inadempimento, ricorribile *ex art.* 117 c.p.a.

Soluzione, quest'ultima, che sembrerebbe tutelare sia le esigenze di accelerazione procedimentale che di tutela del bene paesaggistico, sia la certezza del diritto e la sua uniforme applicazione.

[1] Ossia T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 13 ottobre 2022, n. 6303, in *giustizia-amministrativa.it*. In sintesi, la vicenda trae origine dall'impugnazione, da parte del proprietario di un'area sita nel Comune di Lettere, del complesso procedimento di approvazione, previa variante urbanistica semplificata, dei lavori per la realizzazione di opere di completamento e adeguamento dello spazio antistante l'impianto sportivo comunale e di un parcheggio scambiatore a servizio del campo sportivo in Località Fuscoli. Per quanto qui di interesse, il ricorrente, con due ricorsi distinti (r.g. n. 674/2021 e r.g. n. 3819/2021), ha censurato, *ex aliis*: (i) l'adozione della variante urbanistica comunale, evocando plurimi vizi di violazione delle norme di pianificazione; (ii) l'approvazione definitiva del progetto (ed approvazione della variante semplificata), prospettando altrettanti vizi di violazione di legge; (iii) la mancanza di verifica di conformità con il PUT dell'Area Sorrentino Amalfitana, per violazione dell'art. 17 *bis* della l. n. 241 del 1990 in tema di formazione del silenzio assenso e per contrasto con la zonizzazione prevista in luogo di quella necessaria; (iv) la mancanza del titolo paesaggistico (non essendosi formato il provvedimento silenzioso). Anticipando quanto meglio si dirà nel seguito, il TAR ha accolto le doglianze del ricorrente proprio con specifico riferimento alla mancata formazione del silenzio assenso tra P.A. (considerato comunque applicabile alla materia in esame), in quanto l'Amministrazione non ha efficacemente provato il rispetto delle condizioni per la configurazione della decisione silenziosa.

[2] Si tratta di T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 02 novembre 2022, n. 2896, in *giustizia-amministrativa.it*. In breve, la vicenda trae origine dall'impugnazione: (i) di un diniego di autorizzazione paesaggistica, adottato dal Comune di Castellabate, sull'istanza depositata dal ricorrente, ai fini della realizzazione di un intervento di ristrutturazione edilizia con demolizione e ricostruzione ed ampliamento volumetrico del 35%; (ii) del presupposto parere contrario reso dalla Soprintendenza ai beni paesaggistici delle Province di Salerno ed Avellino. Nel caso di specie, in particolare, il parere della Soprintendenza risultava emesso dopo il decorso dei 45 giorni previsti dall'art. 146, comma 8, del D.lgs. n. 42/2004. Questa, infatti, comunicava i motivi ostativi trascorsi ormai 55 giorni dal ricevimento della detta documentazione. Il ricorrente, quindi, evidenziava in sede di gravame che, a tale ritardo, sarebbe conseguita la formazione del silenzio assenso, di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990. Il TAR, in particolare, ritenendo inapplicabile l'art. 17 *bis* al parere paesaggistico, ha evidenziato che il parere impugnato, in quanto reso tardivamente, «è da ritenere non già inefficace, ma semplicemente non vincolante per la P.A. procedente, alla quale spetta tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici». Nel decidere sulle mende formulate in primo grado, il TAR ha, quindi, stabilito che da tale paradigma discendono due conseguenze: (a) l'impugnativa del parere contrario tardivo è manifestamente inammissibile, stante la sua natura non vincolante e, quindi, meramente endoprocedimentale; (b) l'impugnativa del diniego comunale è manifestamente fondata, stante la carenza, nella motivazione dell'atto, di un'autonoma valutazione sugli aspetti paesaggistici, la quale, in mancanza di un presupposto parere vincolante, si palesa doverosa.

[3] Sull'istituto del silenzio assenso la dottrina è sterminata. Sia sufficiente, in questa sede, il richiamo a P.G. Lignani, *v. Silenzio (dir. amm.)*, in Enc. Dir., XLII, Milano, 1990, 561 ss.; F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, *passim*; F.G. Scoca, M. D'Orsogna, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 2, 397 ss.; M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, *passim*; V. Parisio, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, 1996, *passim*; B.E. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 179 ss.; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, 894 ss.; L. Giani, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla l. n. 241/1990 riformata dalle ll. n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 123 ss.; V. Parisio, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 234 ss.; M. D'Orsogna, R. Lombardi, *Silenzio assenso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 321 ss.; R. Caponigro, *I comportamenti taciti della p.a.*, in C. Contessa, R. Greco (a cura di), *L'attività amministrativa e le sue regole (a trent'anni dalla l. n. 241/1990)*, Piacenza, 2020, 322 ss.; G. Palligiano, *L'inerzia (significativa e non significativa) della P.A. alla luce del decreto semplificazioni*, in *Libro della Giustizia Amministrativa*, Torino, 2021, 278 ss. Sui rapporti tra art. 20 e art. 17 *bis* l. n. 241/1990, sia consentito il rinvio pure a G. Delle Cave, *Il silenzio assenso*, in V. Italia, S. D'Ancona, P. Pantalone, G. Ruggeri, A. Zucchetti (a cura di), *L'attività amministrativa*, Milano, 2020, 716 ss.

[4] T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 4 giugno 2015 n. 1261, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 2 febbraio 2011, n. 224, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 18 marzo 2011 n. 440 e T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 giugno 2009 n. 448, in *giustizia-amministrativa.it*, in cui si afferma che le valutazioni di compatibilità ambientale «concretano un apprezzamento tecnico discrezionale rispetto al quale il sindacato del giudice è circoscritto alle situazioni connotate da evidenti illegittimità e da incongruenze manifeste, mentre non può tradursi nella formulazione di giudizi che spettano solo all'autorità competente». Secondo poi T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 24 dicembre 2007 n. 398, in *giustizia-amministrativa.it*, non è ammissibile la surrogazione delle valutazioni tecniche spettanti alle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente, paesaggistico territoriale e della salute dei cittadini.

[5] Secondo la giurisprudenza, la funzione esercitata dalla Soprintendenza, benché consultiva «assume valenza, in sostanza, di tipo co-decisionale rispetto alla determinazione di autorizzazione paesaggistica» (Cons. Stato, sez. VI, 04 giugno 2015, n. 2751, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 4, 768 ss.). Con l'entrata in vigore nel 2010 dell'art. 146 cit., «la Soprintendenza esercita, non più un sindacato di legittimità *ex post* [...] sulla autorizzazione già rilasciata dalla regione o dall'ente delegato, con il correlativo potere di annullamento, ma un

potere che consente di effettuare ex ante valutazioni di merito amministrativo, con poteri di cogestione del vincolo paesaggistico» (inter alia, Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2019, n. 3870, in [giustizia-amministrativa.it](#)).

[6] A. Berlucchi, *op. cit.*, 130 ss. Secondo l'A., «l'atto autorizzatorio, in buona sostanza, viene deciso sostanzialmente nel suo contenuto dalla Soprintendenza ma formalmente imputato all'ente subdelegato, solitamente il Comune».

[7] Prima della riforma *de qua* (l. n. 124 del 2015), secondo quanto stabilito dall'art. 146 del Codice del paesaggio, 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, allora, 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 (cfr. art. 146, comma 9: "Decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione").

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.

[8] Sull'attività consultiva e pareri in generale si vedano *ex plurimis*: A. Amorth, *La funzione consultiva e i suoi organi*, in *Amm. civ.*, 1961, 397 ss.; F. Trimarchi, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, 1974, Milano, 35 ss.; C. Barbatì, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, 2002, 132 ss.; V. Parisio, *Novità e conferme nella disciplina degli atti consultivi prevista nella l. 15 maggio 1997 n. 127*, in *Aa.Vv.*, *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della l. 15 maggio 1997 n. 127*, 1998, Milano, 68 ss.; G. Ghetti, *La consulenza amministrativa*, 1974, Padova, 198 ss.; F. Franchini, *Il parere nel diritto amministrativo*, 1945, Milano, 44 ss.; V. Parisio, *L'attività consultiva*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2011, Milano, 324 ss.; M. Nicosia, *Il procedimento amministrativo: principi e materiali. Commento alla l. 241/1990 e alla sua attuazione con i d.p.r. 300 e 352/1992*, 1992, Napoli, 138 ss.

[9] Si segnalano T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 21 settembre 2006, n. 669; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 aprile 2012, n. 382; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 24 febbraio 2014 n. 459, tutte in [giustizia-amministrativa.it](#); Cons. Stato, sez. VI, 04 ottobre 2013, n. 4914, in *Urb e app.*, 2013, 12, 1344 ss.

[10] Si vedano, Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1561, in [giustizia-amministrativa.it](#); *Id.*, sez. VI, 27 aprile 2015 n. 2136, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 775 ss.; *Id.*, sez. VI, 28 ottobre 2015, n. 4927, in [giustizia-amministrativa.it](#); *Id.*, sez. VI, 13 maggio 2016, n. 1935, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2016, 3, 1204 ss.; *Id.*, sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3179, in [giustizia-amministrativa.it](#).

[11] T.A.R. Veneto, sez. II, 14 novembre 2013 n. 1295, in [giustizia-amministrativa.it](#). Secondo altra giurisprudenza la mancanza del parere vincolante avrebbe imposto all'amministrazione competente di concludere il procedimento dichiarando l'improcedibilità (con conseguente possibilità dell'interessato di ricorrere avverso l'inerzia e di chiedere il risarcimento del danno da ritardo: in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4914, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 4, 322 ss.).

[12] *Ex plurimis*, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 24 luglio 2013, n. 1739; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 2267, 2015; T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. II, 20 gennaio 2016, n. 41; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 20 settembre 2016 n. 1446, tutte in [giustizia-amministrativa.it](#).

[13] In sintesi, da un lato v'è chi sostiene che il parere trasmesso o formulato oltre il termine «deve essere considerato privo dell'efficacia attribuitagli dalla legge, dunque privo di valenza obbligatoria e vincolante» (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 24 maggio 2021, n. 3431; *Id.*, sez. III, 14 gennaio 2021, n. 271; Cons. Stato, sez. VI, 19 novembre 2020, n. 388, tutte in [giustizia-amministrativa.it](#)). In termini ancora più netti T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 29 novembre 2021, n. 2589, in [giustizia-amministrativa.it](#), secondo cui il parere deve dichiararsi inefficace e non semplicemente privo di "carattere vincolante". Un contrario orientamento di una parte della giurisprudenza afferma, invece, che il decorso del termine di 45 giorni non precluderebbe «alla Soprintendenza stessa di provvedere e neppure sottrae al parere tardivo la sua ordinaria attitudine conformativa; non vi è, infatti, nell'invocato art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio alcuna espressa comminatoria di decadenza della Soprintendenza dall'esercizio del relativo potere, una volta decorso il termine ivi previsto». Più di recente, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 07 febbraio 2022, n. 169, in [giustizia-amministrativa.it](#), secondo cui l'effetto della trasmissione tardiva del parere della Soprintendenza non è la consumazione del potere o la trasformazione del valore del parere da vincolante in non vincolante, «ma da un lato "l'esigibilità" dell'obbligo di concludere la fase del procedimento con possibile ricorribilità al g.a. da parte del privato con il ricorso per silenzio e dall'altro lato la prescindibilità dello stesso parere da parte dell'Autorità procedente, con la conseguenza che la decisione viene rimessa alla sua esclusiva responsabilità».

[14] Con riguardo a tale articolo, autorevole dottrina (Parisio) ha chiarito come i poteri vincolanti vadano esclusi dal relativo ambito di applicazione altrimenti ricorrendo l'interprete in «*un insanabile contraddizione logica, in quanto un parere definito dalla legge come vincolante finirebbe di fatto col perdere tale sua qualificazione se si riconoscesse all'amministrazione attiva la possibilità di prescindere*»; V. Parisio, *Art. 16*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2011, Milano, 715 ss.

[15] Sulla non applicabilità del silenzio assenso al parere della soprintendenza ex art. 16, 17 e 20 l. n. 241/1990, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 9 febbraio 2012, n. 685; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 aprile 2012, n. 382; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 03 settembre 2015, n. 11030, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[16] Merita una riflessione, sul punto, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria 27 luglio 2016, n. 17, in *giustizia-amministrativa.it*, la quale ha precisato che il silenzio assenso previsto dalla l. n. 394/1991 (legge quadro sulle aree protette) non è stato implicitamente abrogato a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 80/2005, che nell'innovare l'art. 20 l. n. 241/90, ha escluso che l'istituto del silenzio assenso possa trovare applicazione in materia di tutela ambientale e paesaggistica. Pur riferendosi la pronuncia ad altro contesto normativo, si può ritenere che gli interessi coinvolti e la materia specifica siano simili e che quindi i rilievi della pronuncia possano risultare qui di interesse. Le ragioni per cui il giudice amministrativo giunge a tali conclusioni sono le seguenti: a) non si rinviene un'indicazione della giurisprudenza costituzionale in senso preclusivo alla possibilità per il legislatore ordinario statale di dotarsi dello strumento di semplificazione procedimentale rappresentato dal silenzio assenso anche in materia ambientale, laddove si tratti di valutazione con tasso di discrezionalità non elevatissimo; b) neppure la giurisprudenza comunitaria ha fornito indicazioni precise in tal senso: la Corte di giustizia europea (*ex alius*, 28 febbraio 1991, causa C-360/87; 10 giugno 2004, causa C-87/02; 26 febbraio 2011, causa C-400/08) ha ritenuto non compatibile la definizione tacita del procedimento solo quando però, per garantire effettività agli interessi tutelati (tutela della salute), fosse necessario un'espressa valutazione amministrativa quale un accertamento tecnico o una verifica. In questi casi, la previsione del silenzio assenso darebbe adito al rischio che l'amministrazione non svolga quella attività istruttoria imposta a livello comunitario per la tutela di particolari valori e interessi. In dottrina, A. Berlucchi, *op. cit.*; G. Sciuolo, *Gli interessi sensibili in recenti prese di posizione del Consiglio di Stato*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 56 ss.

[17] L'art. 17 *bis* riguarda, infatti, anche i pareri vincolanti (da ritenere inclusi nell'ampia nozione di "assensi comunque denominati") resi in uno schema di provvedimento, non ponendo eccezioni per gli interessi sensibili.

[18] Corte cost., 17 dicembre 1997, n. 404, in *Foro amm.*, 1998, 1321 ss.; *Id.*, 10 marzo 1998, n. 302, in *Giust. civ.*, 1998, 1390 ss.; *Id.*, 01 luglio 1992, n. 307, in *Giur. it.*, 1998, 1, 505 ss.

[19] Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2378, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 1306 ss. Ed ancora, «*la semplificazione procedimentale può sì perseguire l'obiettivo di speditezza del procedimento ma non surrettiziamente invertire il rapporto sostanziale tra interessi e sottrarre effettività a un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale qual è la tutela del paesaggio*» (Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 4, 707 ss.).

[20] Secondo il TAR Salerno, in particolare, «*il meccanismo del silenzio assenso tra amministrazioni, di cui all'art. 17 bis della l. n. 241/1990, non si applica al parere paesaggistico soprintendentizio previsto nell'ambito dell'autorizzazione ex art. 146 del d.lgs. 42/2004, n. 42; ne consegue che detto parere, se reso tardivamente, è da ritenere non già inefficace, ma semplicemente non vincolante per la P.A. procedente, alla quale spetta tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici*».

[21] Si vedano, tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. IV, 07 aprile 2022, n. 2584, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 3, 821 ss.; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 07 febbraio 2022, n. 169, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640, in *Foro amm.*, 2021, 3, 480 ss.; *Id.*, Sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4765, in *giustizia-amministrativa.it*.

[22] Sul punto, in particolare quanto all'analisi dei profili evidenziati dall'indirizzo pretorio in commento, sia consentito il rinvio a G. Delle Cave, *Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A.: un connubio (im)possibile? competenze procedurali e portata applicativa dell'art. 17 bis l. n. 241/1990 (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640)*, in *Giustizia Insieme*, 2021.

[23] In generale sull'istituto del silenzio assenso, vedasi F.G. Scoca, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, 1985, Rimini, 236 ss.; *Id.*, *Il silenzio della pubblica amministrazione: la ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in V. Parisio (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata*, Milano, 2002, 3 ss.; V. Parisio, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in M. Clarich, G. Fonderico (a cura di), *Dizionario del diritto amministrativo*, Milano, 2006, 1022 ss.; *Id.*, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5550 ss.; A. Travi, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *giustamm.it*, 2016; M. P. Chiti, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: avversari o alleati?*, in *Foro it.*, 2006, 1057 ss.; G. Morbidelli, *Il silenzio assenso*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, 2006, Napoli, 265 ss.

[24] In dottrina, si veda, *ex plurimis*, M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a. silenzio assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, 2015, 17 ss.; P. Marzaro, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento orizzontale all'interno della nuova amministrazione disegnata dal Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, 2016; *Id.*, *Il coordinamento orizzontale tra amministrazioni: l'art. 17 bis della l. n. 241 del 1990 dopo l'intervento del Consiglio di Stato. Rilevanza dell'istituto nella gestione dell'interesse paesaggistico e rapporti con la conferenza di servizi*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 10 ss.; G. Mari, *Autorizzazioni preliminari e titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizi, la conferenza di servizi e il silenzio assenso id cui agli artt. 17-bis e 20 l. n. 241/1990*, in *Aa.Vv.*, *Semplificazione e trasparenza amministrativa: esperienze italiane ed europee a confronto*, atti dei convegni *Strategie di contrasto alla corruzione: l. 06/11/2012 n. 190 e s.m.i. e Titoli abilitativi edilizi, Sblocca Italia e Decreti del Fare*, Napoli, 2016, 39 ss.; A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

[25] Sul punto, peraltro, giova evidenziare come il pluridecennale dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi sul tema si è, da tempo, indirizzato verso posizioni diametralmente opposte – o comunque parzialmente diverse e “temperate” – all'applicazione *tout court* degli istituti di semplificazione (tra cui il silenzio assenso) nell'ambito della tutela di interessi sensibili, rilevando, in buona sostanza, come detti istituti non debbano trovare applicazione (o comunque un'applicazione limitata a pochi circostanziati casi) quando è in gioco la protezione dell'ambiente. Sulla scia di tale consolidata impostazione ed indirizzo, si veda, da ultimo, R. Leonardi, *op. cit.*, 354 ss.

[26] Stando poi al tenore letterale, il silenzio assenso procedimentale attiene ai soli casi in cui una amministrazione è tenuta ad acquisire l'assenso di una altra amministrazione su uno schema di provvedimento già predisposto dalla prima. In base a tale interpretazione, l'art.17 bis non trova invece applicazione nel caso in cui le diverse amministrazioni coinvolte siano chiamate a compiere valutazioni nell'ambito di un procedimento a struttura complessa (nel corso della cui istruttoria sia necessario acquisire pareri e valutazioni con il coinvolgimento di una pluralità di amministrazioni), in tal caso trovando applicazione gli artt. 16 e 17 della l. n. 241/90 (articoli che escludono il silenzio assenso e, in termini più generali, forme di semplificazione quali anche il silenzio devolutivo in caso di interessi sensibili coinvolti). Parimenti la norma «*non sarebbe applicabile nei procedimenti collegati relativi ad autonomi atti di assenso funzionali a consentire lo svolgimento di un'attività e che risultano essere l'esito di distinte valutazioni delle amministrazioni*» (G. Mari, *La rilevanza della disciplina del silenzio assenso*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 3, 61 ss.).

[27] Sulle criticità in merito all'applicazione dell'art. 17 bis alle materie sensibili si veda, in particolare, G. Corso, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in *federalismi.it*, 2015; F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 1, 11 ss.; E. Scotti, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, 2016, Torino, 566 ss.

[28] Per un'analisi approfondita, F. Martines, *La “non decisione” sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, 747 ss.

[29] Si vedano le considerazioni di F. De Leonardi che (nel citato scritto *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla cd. riforma Madia*) osserva come «*appare chiaro che norma costituisce una vera e propria fuga in avanti in quella che si potrebbe definire la guerra di logoramento degli interessi sensibili che vengono sempre più parificati a quelli ordinari*». L'Al., a sostegno dell'opportunità di mantenere in vita la previgente esclusione del regime semplificatorio per le materie sensibili, mette in evidenza per un verso l'incoerenza della nuova disciplina rispetto a quella prevista per il silenzio assenso dell'art. 20 L. 241/1990 e, per altro verso, afferma (richiamando E. Casetta) che «*non tutti gli interessi tollerano una disciplina procedimentale che comporti una semplificazione in grado di sacrificare la corretta ponderazione di alcuni valori*».

[30] F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, *op. cit.*, il quale osserva che, in realtà, «*la norma non introduce nulla di nuovo quanto al profilo della intensità della tutela degli interessi sensibili ed anzi, letta insieme alla norma di delega legislativa in materia di silenzio assenso, contenuta nella stessa L. n. 124/2015 (art. 5), può rappresentare l'occasione per ricondurre in un ambito di coerenza costituzionale la normativa già vigente in tema di silenzio in materie sensibili*».

[31] Corte Cost., 01 luglio 1992, n. 307, ove si evidenzia che i principi fondamentali da osservarsi in tema di smaltimento dei rifiuti, stante la necessità di tutelare la salute e l'ambiente, escludono la possibilità del ricorso al silenzio assenso. Per la Corte tale esclusione è motivata «*proprio perché si impone la tutela della salute e dell'ambiente che sono beni costituzionalmente garantiti e protetti*».

[32] *Ex plurimis*, Corte cost., 10 ottobre 1992, n. 393.

[33] Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 26, in *Giur. it.*, 1996, I, 271 ss. In particolare, secondo questa giurisprudenza costituzionale, l'istituto del silenzio assenso non può ritenersi compatibile con i principi di buon andamento della P.A., in presenza di procedimenti complessi, caratterizzati da un alto tasso di discrezionalità.

[34] Ci si riferisce al parere Cons. Stato, Ad. speciale, 23 giugno 2016, n. 1640, in *giustizia-amministrativa.it*.

[35] Sul tema, V. Parisio, *Interessi forti e interessi deboli: la natura degli interessi come limite alla semplificazione del procedimento amministrativo nella l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 839 ss.; F. Manganaro, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. I. Profili critici e principi ricostruttivi*, Milano, 2000; A. Police, *Riflessioni sui tortuosi itinerari della semplificazione nell'amministrazione della complessità, in apertacontrada.it*, 2013.

[36] A. Del Prete, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: profili critici e problematici*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 3, 75 ss.

[37] Cons. Stato, Ad. speciale, 23 giugno 2016, n. 1640.

[38] Ed infatti, l'art. 11, comma 9, del d.p.r. n. 31/2017, relativo ad interventi sottoposti a procedura autorizzativa paesaggistica semplificata, stabilisce che «in caso di mancata espressione del parere vincolante del Soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'articolo 17-bis della l. 7 agosto 1990 n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione precedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica». Sul punto, si richiamano anche le circolari MIBACT del 10 novembre 2015 e del 20 luglio 2016, ove si distingue tra procedimenti ad istanza di parte privata e quelli in cui la domanda provenga dalla P.A.: per i primi resta applicabile l'art. 20 della l. n. 241/1990 e quindi l'inclusa esclusione degli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico; «trova invece applicazione il nuovo art. 17bis in tutti i casi in cui la domanda provenga da una p.a. anche ove il destinatario finale dell'atto titolare della posizione soggettiva condizionata al previo atto di assenso sia un privato e la sua domanda sia intermediata e vincolata dallo sportello unico comunale». Secondo quanto chiarito nella circolare, l'art. 17 bistrova poi applicazione «qualora l'inerzia concerna pareri vincolanti in quanto atti aventi natura di codecisione» (rientrando invece i pareri non vincolanti nell'ambito della disciplina di cui all'art. 17 della l. n. 241/1990).

[39] P. Marzaro, *Autorizzazione paesaggistica semplificata e procedimenti connessi, op. cit.* Ciò pur a fronte delle perplessità espresse in relazione all'operatività dell'art. 17 bis della l. n. 241/1990, che l'A. definisce «espressione di un generale e preoccupante processo di dequotazione della tutela garantita agli interessi sensibili che caratterizza in modo sempre più netto il nostro sistema, specie all'esito della c.d. riforma Madia».

[40] F. D'Angelo, *L'autorizzazione paesaggistica: inapplicabilità del silenzio assenso "endoprocedimentale"*, in *Dir. Amm.*, 2021, 2, 231 ss.

[41] Si pensi, poi, alla riduzione dell'incisività del ruolo attribuito alla Soprintendenza dal Codice (nelle ipotesi in cui si formi il silenzio assenso, il procedimento sarebbe reso privo di un contributo istruttorio qualificato che, storicamente, le regioni o i comuni non sono apparse in grado di offrire per ragioni politiche o organizzative; inoltre, l'istruttoria eventualmente avviata dagli organi ministeriali diverrebbe inutile e ininfluente rispetto alla determinazione finale, con vanificazione delle risorse impiegate) e al rischio di deresponsabilizzare, oltre i funzionari ministeriali, le amministrazioni precedenti.

[42] Tale conclusione sembrerebbe confermata dall'introduzione del comma 8 bis nell'art. 2 della l. n. 241/1990 ad opera del D.L. n. 76/2020, convertito dalla L. n. 120/2020, che sancisce l'inefficacia, fra gli altri, dei pareri di cui all'art. 17 bis adottati «dopo la scadenza dei termini previsti [...] fermo restando quanto previsto dall'articolo 21- nonies».

[43] F. D'Angelo, *op. cit.*

[44] *Ex alius*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 07 giugno 2019, n. 3099; TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 08 giugno 2017, n. 394; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 10 maggio 2018, n. 153, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[45] Per un approfondimento sulla sentenza in oggetto, cfr. S. Speranza, *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)*, in *Giustizia Insieme*, 2022. In giurisprudenza, si vedano i riferimenti contenuti in Cons. Stato, Sez. VI, 08 gennaio 2020, n. 129; Id., sez. VI, 18 settembre 2017, n. 4369; Id., sez. VI, 12 settembre 2017, n. 4315 e Id., sez. VI, 18 luglio 2017, n. 352, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[46] Cfr. M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *federalismi.it*, 2020, 10.

[47] Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2017, n. 5799, in *giustizia-amministrativa.it*.

[48] In particolare, ai sensi dell'art. 11 cit., l'amministrazione precedente, ricevuta l'istanza, verifica preliminarmente se l'intervento non rientri nelle fattispecie escluse dall'autorizzazione paesaggistica di cui all'Allegato A, ovvero all'articolo 149 del Codice del paesaggio, oppure se sia assoggettato al regime autorizzatorio ordinario, di cui all'articolo 146 del d.lgs. n. 42/2004. Il comma 9 richiamato, poi, espressamente specifica che «in caso di mancata espressione del parere vincolante del Soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione precedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica».

[49] Trattasi di T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 13 ottobre 2022, n. 6303. Si evidenzia che altre sentenze, pur non affrontando il tema dell'operatività dell'art. 17 *bis*, definiscono il parere della Soprintendenza «*espressione di cogestione attiva del vincolo paesaggistico*» (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843; Id., sez. VI, 18 marzo 2021, n. 2358, in *giustizia-amministrativa.it*), «*nel quale l'apprezzamento di merito correlato alla tutela del valore paesaggistico è rimesso alla Soprintendenza*».

[50] Cfr., in particolare, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 30 novembre 2020, n. 1811, in *giustizia-amministrativa.it*.

[51] Cfr. Cons. Stato, comm. spec., 23 giugno 2016, n. 1640, reso su uno specifico quesito posto dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione; Id., sez. VI, 01 ottobre 2019, n. 6556; Id., sez. IV, 14 luglio 2020, n. 4559; Id., sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[52] Si veda Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2022, n. 7293, in *giustizia-amministrativa.it*.

[53] È evidente, però, che un “tacito assenso” può formarsi solo alla tassativa condizione che l'Amministrazione coinvolta abbia piena e completa cognizione del tipo di provvedimento che si intende assumere; si veda Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2020, n. 4765; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 29 marzo 2021, n. 821, in *giustizia-amministrativa.it*.

[54] Tutto ciò determina l'operatività, quindi, del silenzio assenso, che «*si applica ad ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d'ufficio) che preveda al suo interno una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso*» (cfr. parere n. 1640/2016 cit.).

[55] Secondo l'orientamento pretorio in esame non deve sfuggire, peraltro, il parallelismo procedurale esistente tra le disposizioni di cui: (a) ai commi 7 e 8 dell'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, in base ai quali “l'amministrazione [...] trasmette al soprintendente la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa, nonché con una proposta di provvedimento. Il soprintendente rende il parere [...] entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti”; (b) al comma 1 dell'art. 17 *bis* della l. n. 241 del 1990, in base al quale “le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta, entro trenta giorni [novanta, nelle ipotesi di cui al comma 3] dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione precedente”.

[56] Non è infatti possibile sostenere che, nella fattispecie, la Regione svolga un compito puramente servente rispetto all'amministrazione realmente munita del potere di decidere (attraverso il parere vincolante): vuoi perché la legge dispone che “sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la Regione”, vuoi perché quest'ultima, oltre ad essere titolare del potere di decidere in via esclusiva sugli aspetti urbanistico-edilizi, è tenuta ad esprimersi direttamente sugli aspetti paesaggistici, attraverso le valutazioni della commissione per il paesaggio ed il conseguente potere di proposta.

[57] In questo senso, peraltro, si era pronunciato l'Ufficio legislativo del Ministero dei beni culturali all'indomani dell'introduzione dell'art. 17 *bis* (si veda il parere 0021892/20 del 20 luglio 2016, precisazioni alla nota circolare prot. 27158 del 10 novembre 2016, e parere 002323 del 20 settembre 2018).

[58] D'altra parte, vi è una tendenza dell'ordinamento ad attribuire carattere sempre più generale all'istituto del silenzio assenso, come evidenziato anche dalle più recenti riforme, in particolare i d.l. “Semplificazione” n. 76/2020 e n. 77/2021. Peraltro, 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”, che ha sostituito le parole “silenzio assenso” con le parole “effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti”), ha reso sicuramente più problematica la figura generale del silenzio assenso.

[59] Si vedano pure le conclusioni già enunciate in G. Delle Cave, *Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A., Op. cit.*

[60] Come evidenziato in dottrina (A. Del Prete, *op. cit.*), «*se da un lato si possono tendenzialmente ritenere compatibili con la tutela di interessi sensibili [...] moduli di semplificazione consistenti nel coordinamento ed unificazione di procedimenti connessi, più delicato è il discorso in relazione a quei sistemi che consentano di prescindere dal pronunciamento dell'amministrazione. E ciò sia per il valore costituzionale dell'interesse tutelato, che impone un'adeguata istruttoria e ponderazione, sia anche per le peculiari caratteristiche che connotano le autorizzazioni in materia ambientale, come quelle relative al paesaggio e ai beni culturali*».

[61] In tal senso, è stato suggerito da parte della dottrina di escludere i procedimenti ad elevato contenuto discrezionale, applicando il criterio della differenziazione dei livelli e delle modalità procedurali, sulla scorta di quanto già avviene per i rapporti tra P.A. e privati.

[62] In dottrina, si veda A. Morrone, *La modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, 2022; A. Romano, A. Cioffi, *Un primo sguardo sulle questioni aperte*, introduzione all'incontro *Art. 9 e Costituzione*:

interessi e territorio, alla ricerca di un equilibrio, in *apertacontrada.it*, con relazioni di S. Amorosino, F. De Leonardis, *Paesaggio e ambiente, art. 9 e art. 41 Cost., una lettura attuale*; G. Rossi, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione tra continuità e innovazione*, Università di Pisa e *Riv. quadr. dir. amb.*, 2022; I. Nicotra, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *federalismi.it*, 2021; T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *federalismi.it*, 2021, 16. In senso critico, G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa, modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *Giustizia Insieme*, 2021; F. Rescigno, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *federalismi.it*, 2021, che criticamente osserva come «l'elenco formulato sia fuorviante, poco chiaro e foriero di numerosi possibili conflitti in merito ad una possibile interpretazione costituzionalmente orientata. Il problema è che spesso quando si dice troppo, in realtà non si dice nulla». Cfr. pure A.L. De Cesaris, *Ambiente e Costituzione*, in *federalismi.it*, 2021.

[63] Ed infatti l'art. 9 della Costituzione prevede, letteralmente, che la Repubblica “tutela” il paesaggio (comma 2) e l'ambiente (comma 3). Non si fa, quindi, riferimento a concetti - se si vuole, più “soff” - come “vigilanza” (esemplificativo di atteggiamenti passivi) e/o “protezione” (es. di difesa puntuale estemporanea a seguito di un attacco): lo Stato, con riferimento a detti beni, “tutela”, laddove quest'ultimo concetto non racchiude una protezione emergenziale, ma sistematica e preventiva, apparentemente incompatibile, dunque, con i risvolti di un silenzio.

[64] Si veda, in dottrina, C. Sartoretti, *La riforma costituzionale “dell'ambiente”: un profilo critico*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 2, 119 ss.

[65] Cfr. S. Amorosino, *La “dialettica” tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 4, 261 ss.

[66] Nel caso in commento, la violazione del dettame costituzionale avverrebbe «in modo subdolo ma palese, posto che il silenzio assenso in realtà sostituisce l'oggetto dell'autorizzazione paesaggista, dall'impatto sul paesaggio [...] alla mera attività che lo procede»; A. Di Blasi, *Beni ambientali. Gli effetti del silenzio assenso e tutela dell'art. 9 Cost., i limiti della discrezionalità del legislatore*, in *lexambiente.it*, 2019; M.A. Sandulli, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2012, Milano, 3 ss.

[67] In particolare, il comma 8 bis dell'art. 2 della l. n. 241/1990, introdotto dal d. l. n. 76/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni), sancisce, in estrema sintesi, l'inefficacia del provvedimento emanato oltre i termini procedurali in tutti i casi in cui operi il regime del silenzio assenso, nonché nelle ipotesi di SCIA. Per una approfondita analisi, si veda M. Calabrò, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, in *giustiziainsieme.it*, 2020. Anche sulla base di questa disposizione, si è giunti a considerare irrilevante, in quanto privo di effetti nei confronti dell'autorità competente, il parere tardivo della Soprintendenza.

[68] Si evidenzia che la differenza sostanziale tra silenzio “devolutivo” e silenzio “assenso” sta nel fatto che, 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.

[69] F. D'Angelo, *op. cit.*

[70] L'art. 17 bis in commento, insomma, si potrà applicare al procedimento di cui all'art. 146 cit. limitatamente, come detto, al rapporto “orizzontale” tra Soprintendenza e Comune, solo fin quando il parere della soprintendenza conserverà il suo effetto vincolante, ma non più quando il suddetto parere cesserà di essere vincolante e resterà solo obbligatorio. Come pure evidenziato in dottrina, venuta meno, infatti, in tal caso, la sua natura decisoria, «esso ricadrà nell'ambito applicativo della diversa previsione di cui all'art. 17, comma 2, della l. n. 241 del 1990, in quanto mero parere consultivo tecnico reso da un'amministrazione preposta alla tutela paesaggistico-territoriale (neppure, dunque, surrogabile mediante le valutazioni tecniche di altri organi dell'amministrazione pubblica o di enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero di istituti universitari, trattandosi — giusta la disposizione del comma 2 del citato art. 17 — di valutazioni che devono essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini)». Si veda, recentemente, P. Carpentieri, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 2, 77 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2648 – 8 febbraio 2023

Sulla definizione di algoritmo (nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, 25 novembre 2021, n. 7891)

di Carmine Filicetti

Sommario: 1. Premessa - 2. La vicenda contenziosa - 3. L'interpretazione delle clausole di gara - 4. Il termine algoritmo - 5. Conclusioni.

1. Premessa

Le nuove tecnologie offrono degli innovativi strumenti capaci di migliorare i livelli di efficienza amministrativa, l'ingerenza della scienza tecnologica nella materia amministrativa^[1] è, ormai, inarrestabile; il legislatore e il giudice non possono non conoscere le nuove definizioni, quali *algoritmo*^[2] o *intelligenza artificiale*^[3] al fine di tutelare gli interessi della collettività nel processo di trasformazione cibernetica che sta avvenendo all'interno del settore pubblicistico.

Le PP.AA., in un'ottica di ammodernamento e innovazione, sono onerate ed obbligate a far proprie tali nozioni in quanto, tale terminologia, è sempre più presente nelle norme, nei capitolati e nei bandi di gara.

Nondimeno, la loro interpretazione, in alcune ipotesi, necessita di uno sforzo considerevole, in ragione dello specifico ambito che non può prescindere dal buon senso e dallo specifico contesto in sono inserite.

A tal proposito, tale commento, vuole soffermarsi sul delicato tema dei rapporti intercorrenti tra la nozione di intelligenza artificiale e quella di algoritmo, in relazione al complesso processo di integrazione in atto, necessario al fine di coadiuvare la convivenza di tali nuove tecnologie all'interno dell'apparato amministrativo.

2. La vicenda contenziosa

La sentenza in commento concerne l'esatta perimetrazione della nozione di *algoritmo di trattamento* nel contesto di una procedura nazionale di gara per la fornitura di *pacemaker* di alta fascia^[4].

Nella procedura di affidamento, la Commissione di gara riteneva soddisfatto il possesso degli algoritmi sia per la prevenzione che per il trattamento, tuttavia il massimo punteggio era ottenibile esclusivamente nel caso di algoritmi automatici^[5]. La questione veniva portata all'evidenza del primo giudice amministrativo e, in tale occasione, questi puntualizzava come bastasse la sola presenza di un algoritmo di trattamento, senza specificare il *genus* dello stesso^[6].

Nell'estendere la sentenza, il primo giudice, al fine di meglio circoscrivere il concetto, aggiungeva delle importanti affermazioni, in ordine alla nozione di algoritmo in luogo dell'intelligenza artificiale: *“non deve confondersi la nozione di “algoritmo” con quella di “intelligenza artificiale”, riconducibile invece allo studio di “agenti intelligenti”, vale a dire allo studio di sistemi che percepiscono ciò che li circonda e intraprendono azioni che massimizzano la probabilità di ottenere con successo gli obiettivi prefissati.... sono tali, ad esempio, quelli che interagiscono con l'ambiente circostante o con le persone, che apprendono dall'esperienza (machine learning), che elaborano il linguaggio naturale oppure che riconoscono volti e movimenti”*.

Definita la nozione di algoritmo, in contrapposizione a quella di intelligenza artificiale, il Tar concludeva il suo percorso argomentativo, sancendo che: *“l'algoritmo di trattamento dell'aritmia non è altro che l'insieme di passaggi (di stimoli creati dal pacemaker secondo istruzioni predefinite) necessari al trattamento del singolo tipo di aritmia. Questo concetto non include necessariamente, invece, come erroneamente ritenuto dalla stazione appaltante, che il dispositivo debba essere in grado di riconoscere in automatico l'esigenza (quindi di diagnosticare il tipo di aritmia) e somministrare in automatico la corretta terapia meccanica (trattamento). In altre parole, il dato testuale della lettera di invito non richiede che l'algoritmo di trattamento, al verificarsi dell'episodio aritmico, sia avviato dal dispositivo medesimo in automatico. Tale caratteristica attiene a una componente ulteriore, non indicata nella legge di gara, vale a dire a un algoritmo di intelligenza artificiale nella diagnosi dell'aritmia e avvio del trattamento. Fondatamente, pertanto, Abbott ha dedotto l'erroneità della valutazione della commissione di gara che – pur in presenza di un algoritmo di trattamento delle aritmie nel proprio dispositivo (vale a dire l'algoritmo NIPS, pacificamente definibile come tale) – ha attribuito soli 7 punti anziché 15 al dispositivo offerto. Infatti, la commissione ha confuso, sovrapponendoli indebitamente, il concetto di algoritmo con quello di avvio automatico del trattamento”*.

Tale, singolare, ricostruzione veniva appellata e, nel ricorso del giudizio di secondo grado, si segnalava come questa risultava ampiamente generica. Ulteriormente, veniva ribadito che l'evoluzione del settore è sempre più permeata dall'introduzione di algoritmi maggiormente complessi^[7], capaci di adattare la terapia da somministrare in ordine alle caratteristiche

individuali, inclusa, anche, la capacità di riconoscere, prevenire e trattare episodi aritmici, quali le aritmie atriali, come acclarato nell'ambito della letteratura clinica.

Ancora, l'appellante, sottolineava come il concetto di algoritmo era ben lontano da quello di intelligenza artificiale, in quanto basato su uno schema tipico (input-elaborazione-riposta) connaturato alla funzione di sorvegliare continuamente il ritmo cardiaco, che nulla aveva in comune con i meccanismi di *machine learning* [8], evocati in prime cure.

Di contro, per l'appellante, non trovavano alcun fondamento, nella nozione di algoritmo, le funzioni di test (come il NIPS) attivabili a mezzo del collegamento, in ambiente ospedaliero, del pacemaker ad una strumentazione esterna, sotto il diretto controllo del personale medico, chiamato a decidere, in base ai risultati del test, le azioni di stimolazione da far eseguire al pacemaker in modo temporaneo e sempre sotto supervisione.

L'appellata replicava ai suddetti assunti, ribadendo che la nozione di algoritmo informatico era del tutto compatibile con la fase di *input* attivata da un umano e, in tale ipotesi, non poteva darsi rilievo alla circostanza che i dispositivi da fornire erano di "alta fascia", poiché è fuor di dubbio che tali dispositivi gestivano funzioni comuni anche ai dispositivi "bassa fascia" che si attivano attraverso un programmatore o l'intervento del clinico. La mancata specificazione da parte della *lex gara* del carattere "automatico" o "intelligente" dell'algoritmo avrebbe dovuto dunque indurre la commissione ad interpretare in modo letterale ed ampio la nozione di algoritmo, a beneficio del principio di massima partecipazione e della *par condicio*.

3. L'interpretazione delle clausole di gara

Il Consiglio di Stato, prima di entrare nel merito della vicenda, chiariva alcuni importanti profili in ordine all'interpretazione delle clausole della *lex gara*. Il primo giudice, riportava il dominante orientamento giurisprudenziale, condiviso dal Collegio, secondo il quale *"l'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compreso il bando, soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 e ss. c.c.[9] per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, perché gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla P.A. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative[10]; con la conseguenza che "la dovuta prevalenza da attribuire alle espressioni letterali, se chiare, contenute nel bando esclude ogni ulteriore procedimento ermeneutico per rintracciare pretesi significati ulteriori e preclude ogni estensione analogica intesa ad evidenziare significati inespressi e impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione"[11].*

4. Il termine algoritmo

Chiariti i profili interpretativi delle clausole del bando di gara il Collegio si soffermava a ricostruire le modalità in cui il termine "algoritmo" andava interpretato all'interno di un bando di gara.

In primis, chiariva che non si trattava di una singola clausola stabilente condizioni di partecipazione o regole per la competizione, ma di un vero e proprio criterio di attribuzione del punteggio tecnico; chiara espressione delle preferenze dell'amministrazione rispetto alle caratteristiche funzionali e tecniche del bene da reperire sul mercato.

Il giudice ripercorreva un *iter* argomentativo volto a far emergere, sia da un punto di vista funzionale che logico, che le esigenze dell'amministrazione sono la fonte dalla quale il procedimento di gara si dipana e, se è vero che l'amministrazione adisce il mercato per ricercare un bene, tali esigenze non potevano essere certamente messe a repentaglio da interpretazioni dubbie capaci di imporre all'amministrazione un bene che essa non necessita.

Il giudice sottolineava, infatti, che così ragionando, per assurdo, si darebbe vita ad un processo fine a sé stesso, suscettibile di tramutare la procedura da strumento servente e utile all'approvvigionamento ad un mero vincolo condizionante lo stesso fabbisogno della stazione appaltante.

Ancora, l'amministrazione dichiarava espressamente, a mezzo degli atti a base di gara, di voler reperire dispositivi di "alta fascia" e di preferire, fra questi, quelli dotati di "*Algoritmo di prevenzione+trattamento delle tachiaritmie atriali*" (premiati con punti 15) rispetto a dispositivi dotati "*del solo algoritmo di prevenzione o del solo trattamento delle tachiaritmie atriali*" (valorizzati con punti 7).

Dall'attribuzione, quasi doppia, di punteggio è chiaro come l'intento dell'amministrazione era quello di preferire un apparecchio tecnologicamente avanzato, dotato di un grado di automazione capace di coprire sia l'area della prevenzione che quella del trattamento.

Il giudicante, dunque, si interrogava in ordine a cosa, realmente, l'amministrazione aveva richiesto predisponendo il bando di gara e il proprio "invito ad offrire" soffermandosi, poi, sullo specifico punteggio da attribuire al prodotto dalla controinteressata (15 punti oppure 7).

In ordine al primo interrogativo, il Tar così descriveva la propria valutazione: "*l'algoritmo di trattamento dell'aritmia non è altro che l'insieme di passaggi (di stimoli creati dal pacemaker secondo istruzioni predefinite) necessari al trattamento del singolo tipo di aritmia. Questo concetto non include necessariamente, invece, come erroneamente ritenuto dalla stazione appaltante, che il dispositivo debba essere in grado di riconoscere in automatico l'esigenza (quindi di diagnosticare il tipo di aritmia) e somministrare in automatico la corretta terapia meccanica (trattamento). In altre parole, il dato testuale della lettera di invito non richiede che l'algoritmo di trattamento, al verificarsi dell'episodio aritmico, sia avviato dal dispositivo medesimo in automatico. Tale caratteristica attiene a una componente ulteriore, non indicata nella legge di gara, vale a dire a un algoritmo di intelligenza artificiale nella diagnosi dell'aritmia e avvio del trattamento.*"

Tale ricostruzione, tuttavia, non trovava appoggio da parte del Collegio che, dissentendo, criticava la nozione fornita dal primo giudicante, quando questi si limitava a definire l'algoritmo come "*semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato*".

È da sottolineare che una definizione di algoritmo di tale tenore risulta, estremamente ampia e, seppure corretta, nella sua estensione, ai fini del bando avrebbe finito per ricomprendere elementi che nulla aggiungevano al valore del prodotto, questo perché l'algoritmo in

questione era la base del punteggio tecnico aggiuntivo e visto che tale punteggio era volto proprio ad individuare soluzioni tecnicamente più avanzate, non sarebbe stato logico, nel caso, dare il punteggio massimo tanto a un *software* che dipendeva integralmente dall'azione umana, quanto ad uno che automaticamente interviene in alcuni contesti, apportando un significativo vantaggio al prodotto^[12].

Ciononostante, il Consiglio di Stato osserva come la nozione di algoritmo, applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione, ovvero sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano: maggiore è il grado di estraneità dell'intervento umano e maggiore è la complessità e dall'accuratezza dell'algoritmo che la macchina è chiamata a processare^[13].

Di tutt'altra natura è, invece, la nozione di intelligenza artificiale, in questo caso, infatti, l'algoritmo riflette dei meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole *software* e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico.

In sostanza, per ottenere la fornitura di un dispositivo con elevato grado di automazione, l'amministrazione non doveva far riferimento agli elementi dell'intelligenza artificiale, ma era sufficiente soffermarsi al concetto di algoritmo, ossia ad istruzioni capaci di fornire un efficiente grado di automazione, ulteriore rispetto a quello di base, sia nell'area della prevenzione che del trattamento delle tachiaritmie atriali, in modo da assecondare le esigenze della P.A., refluite nel bando di gara, in ordine alla preferenza della presenza congiunta di algoritmi di prevenzione e trattamento delle "tachiaritmie atriali".

In ultimo, il Collegio si soffermava sull'aspetto tecnico della funzione "*Non invasive program stimulation*" (NIPS), assicurata, per l'area del trattamento, dal prodotto offerto dalla controinteressata^[14].

Di contro, la controinteressata, a mezzo della riproposizione dei motivi assorbiti, sosteneva che anche il dispositivo offerto dalla ricorrente era privo del trattamento automatico delle tachiaritmie atriali.

Tuttavia, la Commissione, composta da comprovati esperti (clinici e ingegneri biomedici), riteneva - sulla base di valutazioni che non apparivano affette da manifesta erroneità o vizi logici - che tale algoritmo consentiva in maniera automatica di contrastare il ritmo prefibrillatorio e che in sostanza, avendo il contrasto del ritmo prefibrillatorio anche una valenza terapeutica, questo era da annoverare nella categoria dell'algoritmo di trattamento. Il Collegio si determinava per l'accoglimento dell'appello ribaltando quanto sostenuto in primo grado.

5. Conclusioni

La sentenza in commento è utile al fine di valutare quelle che sono le possibili problematiche legate alle nuove terminologie tecnologiche presenti nella materia amministrativa.

La pronuncia offre notevoli spunti interpretativi della *lex specialis* connessi alla problematica definizione di algoritmo, non ancora permeata placidamente nel classico apparato amministrativo e, in parte, ancora decontestualizzata e capace di creare dei dubbi interpretativi. È sufficiente soffermarsi sul fatto che, erroneamente, il Tar aveva ritenuto che l'automazione non fosse tanto un concetto da ricollegarsi agli algoritmi, bensì all'intelligenza artificiale^[15]. Si è precisato, invece, che per automatizzare è sufficiente costruire una relazione logica tra *input* e *output*, che non necessita alcuna attività di *machine learning*^[16]. Gli spunti riflessivi restano molteplici, una mera interpretazione della definizione di "algoritmo" risulta, ad oggi, in grado da fungere da spartiacque tra l'accoglimento o il rigetto del ricorso giurisdizionale, oltre che a modificare l'esito dell'aggiudicazione stessa. Ciononostante la definizione di algoritmo^[17] è ancora lontana da una sua completa statuizione definitiva, tuttavia l'interpretazione dei bandi di gara, non può prescindere da un approccio sistemico, lontano da una mera e asettica interpretazione letterale, il tutto al fine di agevolare le stazioni appaltanti nella ricerca dei beni sul mercato, che mai dovrebbero scontrarsi con delle frizioni di carattere interpretativo, capaci di creare contraddizioni, inefficienza e, a cascata, contezioso.

[1] Per approfondire, D.U. Galetta e J. G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto* in *Federalismi*. n.3/2019, federalismi.it; M. C. Cavallaro e G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo* in *Federalismi*. n.16/2019 4 Settembre 2019; G. Iozzia, *L'Intelligenza artificiale deve essere "spiegabile", ecco i progetti e le tecniche* in *Agendadigitale.eu*, 25 Novembre 2019; R. Pardolesi e A. Davola, *Algorithmic legal decision making: la fine del mondo (del diritto) o il paese delle meraviglie?* in *Questione Giustizia* n.1/2020; A. Longo e G. Scorza, *Intelligenza Artificiale, L'impatto sulle nostre vite, diritti e libertà* in *Mondadori Università*, 2020; E. Errichiello, *Algoritmi nella PA: accesso al software e diritti del produttore, i paletti del Consiglio di Stato* in *Agendadigitale.eu*, 5 Febbraio 2020; B. Raganelli, *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli alternativi di dialogo tra forme di intelligenza diverse nell'assunzione di decisioni amministrative* in *federalismi.it*, 22 Luglio 2020; D. Coyle, *The tensions between explainable AI and good public policy*, Brookings Institution Press. September 15, 2020, R. Rolli e M. D'Ambrosio, *Consenso e accountability: i poli del commercio dei dati personali online*, P.A. Persona e Amministrazione, 2022.

[2] In tema di algoritmo il Consiglio di Stato si è più volte pronunciato, cfr. *Cons. di Stato* n. 881/2020, n. 2270/2019, n. 30/2020, n. 8472/2019.

[3] Ne parlava già G. Sartor, *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale. La rappresentazione della conoscenza*, Bologna 1990, P.L.M. Lucatuorto, *Intelligenza artificiale e diritto: le applicazioni giuridiche dei sistemi esperti*, in *Cyberspazio e diritto*, 2006.

[4] Nello specifico, la *lex gara* prevedeva tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, il parametro tabellare "Algoritmo di prevenzione+trattamento delle tachiaritmie atriali?" al quale assegnare 15 punti per l'ipotesi di presenza di entrambi gli algoritmi e 7 punti nel caso di "presenza del solo algoritmo di prevenzione o del solo trattamento delle tachiaritmie atriali?".

[5] Si legge nella sentenza in commento che "La commissione come algoritmo di trattamento automatico per Microport ha considerato l'accelerazione su PAC frequenti che consente in maniera automatica di contrastare il ritmo pre-fibrillatorio costituito dal riconoscimento di frequenti ectopie atriale e trattato mediante riduzione/omogeneizzazione dei periodi refrattari atriali. L'algoritmo denominato NIPS (Noninvasive program stimulation) e presente nel prodotto offerto da Abbott costituisce invece uno studio elettrofisiologico eseguito in office da un operatore specialistico".

[6] Il Tar adito sanciva che "la legge di gara richiede unicamente la presenza di un algoritmo di trattamento (senza altro specificare)" e "con esso ci si richiama, semplicemente, a una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato (come risolvere un problema oppure eseguire un calcolo e, nel caso di specie, trattare un'aritmia)".

[7] Specialmente nei dispositivi di c.d. alta fascia oggetto della gara *de qua*.

[8] Il Machine Learning (ML) è un sottoinsieme dell'intelligenza artificiale (AI) che si occupa di creare sistemi che apprendono o migliorano le performance in base ai dati che utilizzano. Intelligenza artificiale è un termine generico e si riferisce a sistemi o macchine che imitano l'intelligenza umana. I termini machine learning e AI vengono spesso utilizzati insieme e in modo intercambiabile, ma non hanno lo stesso significato. Un'importante distinzione è che sebbene tutto ciò che riguarda il machine learning rientra nell'intelligenza artificiale, l'intelligenza artificiale non include solo il machine learning. Attualmente, il machine learning è utilizzato ovunque. Quando interagiamo con le banche, acquistiamo online o utilizziamo i social media, vengono utilizzati gli algoritmi di machine learning per rendere la nostra esperienza efficiente, facile e sicura. Il Machine Learning e la tecnologia associata si stanno sviluppando rapidamente e noi abbiamo appena iniziato a scoprire le loro funzionalità, in oracle.com

[9] Atteso che l'accertamento della volontà delle parti in relazione al contenuto di un negozio giuridico si traduce in una indagine di fatto affidata al giudice di merito, il ricorrente per cassazione, al fine di far valere la violazione dei canoni legali di interpretazione contrattuale di cui agli articoli 1362 e seguenti del codice civile, non solo deve fare esplicito riferimento alle regole legali di interpretazione, mediante specifica indicazione delle norme asseritamente violate ed ai principi in esse contenuti, ma è tenuto, altresì, a precisare in quale modo e con quali considerazioni il giudice del merito si sia discostato dai canoni legali assunti come violati o se lo stesso li abbia applicati sulla base di argomentazioni illogiche od insufficienti. A tale fine, l'estrapolazione del singolo brano della motivazione del provvedimento che si intenda censurare deve associarsi a una puntuale evidenziazione del vizio, dissolvendosi altrimenti la deduzione critica in un'astratta enunciazione di principio, in Guida al diritto 2022, 49.

[10] Così, tra le tante, Cons. Stato, V, 13 gennaio 2014 n. 72.

[11] Cfr. Cons. Stato, V, 15 luglio 2013, n. 3811 e Cons. Stato, V, 12 settembre 2017, n. 4307.

[12] Sul punto, *Focus sentenze G.A. su decisioni algoritmiche – Cosa si intende per algoritmo? Serve buonsenso!*

13 Settembre 2022, in irpa.eu.

[13] V. MANCUSO, *Intelligenza delle macchine e libertà dell'uomo*, Relazione al convegno "Uomini e macchine", Roma, 30 gennaio 2018, in cui l'Autore conclude: «Sono stato invitato a parlare di "Intelligenza delle macchine e libertà dell'uomo" e io concludo con l'auspicio che le macchine non ci tolgano il caos. È dal caos, infatti, come insegnano tutte le antiche cosmogonie, che prende forma la natura, anche la natura umana, la quale, tra tutte le manifestazioni naturali, è la più caotica, e per questo la più libera».

[14] Il nodo da sciogliere era quello relativo alla qualificazione di tale funzione come algoritmo di trattamento delle tachiaritmie atriali e, dall'esame degli atti di causa, emerge che il NIPS è una funzione che deve qualificarsi come test elettrofisiologico: in sostanza il test NIPS è attivato solo presso ambulatori cardiologici attraverso un programmatore esterno, che viene utilizzato dall'operatore clinico per assumere temporaneamente il controllo del pacemaker e per impartire, sulla base della valutazione in tempo reale del ritmo cardiaco, una sequenza di stimoli da erogare a scopo terapeutico (che possono essere interrotti e/o modificati ad ogni evento avverso), mentre le normali funzioni di sensing e di risposta automatica del pacemaker sono provvisoriamente inibite. Il test NIPS per converso non consente di correggere automaticamente le aritmie al momento dell'insorgere della disfunzione.

In tal senso depono anche l'estratto dell'"elenco sistematico delle procedure diagnostiche e terapeutiche del Ministero della Salute", dove la stimolazione elettrica non invasiva programmata NIPS è classificata nell'ambito delle procedure ospedaliere/ambulatoriali e in particolare all'interno della categoria "procedure diagnostiche sul cuore e sul pericardio"; così come la letteratura di settore (cfr. Tabella riassuntiva 3 del contributo pubblicato su EuroPace 2009, vol. 11, pagg. 1272-1280 "Novel pacing algorithms: do they represent a beneficial proposition for patients, physicians, and the health care system?" Simantirakis E. N., Arkolaki E. G.) che non ricomprende la funzione NIPS negli elenchi di riferimento degli algoritmi incorporati nei pacemakers per la gestione del ritmo cardiaco in continuo e in automatico.

A nulla vale osservare che anche il test NIPS funziona sulla base di un algoritmo interno. Il Collegio non lo mette in dubbio e tuttavia confida di aver chiarito che siffatto algoritmo, che sovrintende al test diagnostico, non interviene in funzione di automazione delle funzioni di prevenzione e trattamento delle tachiaritmie atriali come richiesto dall'amministrazione, e dunque correttamente l'amministrazione non lo ha considerato ai fini del punteggio.

[15] Affermava infatti che "il dato testuale della lettera di invito non richiede che l'algoritmo di trattamento, al verificarsi dell'episodio aritmico, sia avviato dal dispositivo medesimo in automatico. Tale caratteristica attiene a una componente ulteriore, non indicata nella legge di gara, vale a dire a un algoritmo di intelligenza artificiale nella diagnosi dell'aritmia e avvio del trattamento".

[16] Il Consiglio di Stato evidenziava come “*Cosa diversa è l’intelligenza artificiale. In questo caso l’algoritmo contempla meccanismi di machine learning e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l’algoritmo “tradizionale”) ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico*”.

[17] Cfr. *La nozione di algoritmo “tecnologico” secondo una recente decisione del Consiglio di Stato*, 13 Gennaio 2022, in irpa.eu.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2609 – 12 gennaio 2023

Riflessioni a margine di un dibattito sul metodo giuridico^[i]

di Fabio Francario

Sommario: 1. Il “cosa” e il “come” - 2. Diversità di metodo per diverse figure di giurista - 3. Sul metodo giuridico dello studioso accademico - 4. Ulteriori spunti di riflessione critica.

1. Il “cosa” e il “come”.

Sovente accade, specie nei tempi più recenti, che le conclusioni di un convegno di studi vengano preparate in anticipo, con l'effetto di aggiungere una vera e propria nuova relazione al dibattito che si dovrebbe invece concludere. A volte ciò avviene senza nemmeno aver presenziato allo svolgimento dei lavori congressuali.

Voglio tranquillizzare subito i presenti precisando che non intendo seguire questa modalità. Mi limiterò a raccogliere gli spunti offerti dalle relazioni ascoltate per i profili che mi hanno maggiormente suggestionato, mettendo insieme e cercando di riordinare al meglio gli appunti presi durante l'ascolto.

Inizierei da una cosa della quale in verità non si è affatto parlato, ma che credo sia di sicuro e concreto interesse per tutti gli appartenenti alla comunità scientifica accademica e che è esemplare per sintetizzare le diverse problematiche che si agitano sul tema del metodo giuridico. Mi riferisco alla prassi ormai invalsa del c.d. referaggio o più in generale della necessità di sottoporre a valutazione la produzione scientifica individuale. Impossibile appartenere alla comunità scientifica accademica senza esserne soggetti o attivamente, in quanto valutatori, o passivamente, in quanto autori del prodotto scientifico sottoposto

appunto a valutazione. In un modo o nell'altro, come docenti universitari, siamo tutti coinvolti nel processo valutativo. Il nesso di questo primo appunto con il tema dell'odierno incontro emerge quasi testualmente dai *format* in uso per i referaggi, che presentano quasi sempre nella griglia di valutazione, quasi fosse obbligatorio, il riferimento al profilo del metodo scientifico seguito. Occorre precisare se il metodo è corretto o meno; se il lavoro svolto è corretto o meno sotto il profilo metodologico.

Lo spunto ci conduce immediatamente al cuore del tema oggetto del presente convegno se solo ci si domanda come si giudica corretto un lavoro sotto il profilo metodologico, quali criteri debba seguire il valutatore e se vengono sempre seguiti dei criteri univoci. Non so se in fondo in fondo sia un bene o un male, ma non credo che abbiamo tutti lo stesso metro di giudizio nel valutare un contributo sotto tale profilo. Non mi riferisco ovviamente al significato intrinseco di quello che è stato detto dall'autore del contributo sottoposto a valutazione, alle conclusioni raggiunte dal lavoro scientifico esaminato. La valutazione di "cosa" è stato detto impinge sul diverso profilo della originalità o meno del contributo scientifico.

Nella parte in cui s'interessa del metodo, il valutatore si preoccupa del "come", non del "cosa". Non si preoccupa cioè di vedere se il contributo è originale o meno, ma come si è svolto il lavoro, com'è stata condotta l'indagine, in che modo è stata svolta la ricerca, "come" ha proceduto l'autore. Non già "cosa" ha detto, perché ciò implicherebbe entrare nella valutazione del merito del contributo, e non del metodo seguito.

Il profilo del metodo consuma dunque una valutazione che dovrebbe essere aliena da margini di opinabilità, non fosse altro per la gravità delle sue conseguenze: se il lavoro non è metodologicamente corretto, vuol dire che non è scientificamente accettabile; che l'Accademia non lo può accettare come contributo. Se il diritto è scienza, vuol dire che le conclusioni raggiunte devono poter essere verificabili; nel senso che, riproducendo lo stesso metodo seguito dall'autore, si raggiungono le medesime conclusioni in ordine ad un dato fenomeno o realtà giuridica.

Senza dunque entrare nel merito di cosa abbia detto l'Autore, per stabilire se il lavoro è stato condotto correttamente, il valutatore dovrebbe dunque valutare innanzi tutto se l'Autore abbia preso in osservazione i dati dell'esperienza giuridica. La considerazione può sembrare ovvia e banale, ma non lo è affatto, come dimostra l'incertezza più volte emersa nel dibattito odierno sul concetto stesso di esperienza giuridica.

2. Diversità di metodo per diverse figure di giurista.

Come è stato più volte sottolineato nei diversi interventi, la nozione di esperienza giuridica non è semplice, ma complessa; nel senso che identifica, nel loro insieme, esperienze in realtà molto diverse tra loro. Ripercorrendo un dibattito radicato nella tradizione, Vincenzo Cerulli Irelli ha ben rappresentato la tendenza ad assorbire il problema del metodo in quello della giusta selezione del dato giuridico oggetto di osservazione, focalizzando l'attenzione sulla dialettica del ragionare per valori e principi, seguendo un metodo induttivo o deduttivo, o per fattispecie, attraverso un lavoro di sussunzione. E Margherita Ramajoli ha ben sottolineato

che, sia se si muova dal sistema, sia che si muova dal caso problematico, il metodo giuridico deve saper sempre coniugare pensiero sistematico e pensiero problematico.

Muovendo dall'osservazione che la nozione di esperienza giuridica non è univoca, credo si possa però fare un'ulteriore considerazione; e cioè che la nozione non è univoca (anche) perchè sullo scenario dell'esperienza giuridica si muovono tre attori protagonisti. C'è il cultore della materia, l'accademico, lo studioso teorico del diritto; c'è poi il magistrato, il giudice che deve applicare le norme per risolvere conflitti insorti nei singoli casi di specie tra parti concretamente interessate alla definizione di una lite; e c'è anche il legislatore, chi fa le norme, chi fa le leggi e cose di questo genere. Il lemma "giurista" indica quindi situazioni diverse, che diversamente si muovono nello scenario dell'esperienza giuridica e approcciano il dato giuridico con differenti finalità.

La considerazione che a mio avviso è giusto trarre da questa constatazione è dunque che ciascuna categoria debba avere ed applicare un metodo giuridico suo proprio, che cioè alle diverse categorie di giuristi corrispondano metodi giuridici diversi. Voglio con ciò dire che, se ragioniamo sul metodo ed allarghiamo il dato dell'esperienza giuridica fino a comprendere tutte e tre le categorie, dobbiamo raggiungere la conclusione che il metodo giuridico impiegato varia in ragione del ruolo proprio di ciascuna categoria. Il metodo giuridico dello studioso non è cioè lo stesso del normatore, di chi fa le norme; e non è nemmeno lo stesso del magistrato, del giudice.

Lo studioso teorico deve muovere dall'osservazione della letteratura, della giurisprudenza e della legislazione - normazione. Il giudice deve invece trovare, più o meno in base alle leggi, partendo cioè dal dato normativo, la soluzione giusta per il caso concreto. Non deve seguire lo stesso metodo del giurista accademico. Il metodo è diverso. Anzi. Guai se il giudice, come spesso poi in realtà accade, si mette a fare accademia quando produce una sentenza. E' cosa in verità deprecabile, ma tuttavia frequente, che vengano prodotte sentenze in forma di trattato giuridico. Quando ciò avviene, spesso e volentieri si perde la sequenza logica di stretta consequenzialità sulla quale dovrebbe fondarsi la decisione (premessa, conseguenza e conclusione). Quando ciò avviene, la decisione sembra voler fondare la propria autorevolezza nel dato quantitativo, piuttosto che qualitativo, e sembra voler nascondere la *ratio decidendi* nabissandola nelle diverse decine di pagine in cui viene articolata la motivazione. Cosa che, peraltro, avviene in barba alla declamazione del principio di sinteticità, che viene fatto gravare solo sui pratici avvocati che si azzardano a fare ricorsi innanzi al giudice amministrativo, ed è chiaro ed evidente sintomo della debolezza del principio applicato. Più la sentenza è lunga, meno ne è comprensibile il principio realmente affermato. Questa inclinazione della giurisprudenza a farsi dottrina è stata ben sottolineata da Pierluigi Portaluri, unitamente ai rischi in essa insiti. La sentenza, dunque, non deve fare accademia e il metodo di valutazione della sentenza è pertanto necessariamente diverso da quello che deve seguire il giurista studioso. Il giurista "giudice" deve fare una sentenza giusta. Bisogna poi ovviamente intendersi su cosa esattamente significhi trovare la soluzione giusta nel caso concreto, ma si aprirebbe un altro discorso (per non lasciare incompiuto il riferimento, posso rinviare agli atti del convegno di Modanella del maggio 2017, pubblicati in **F. Francario, M.A. Sandulli**, *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018).

Diverso è anche il metodo del giurista "legislatore". Egli non deve seguire lo stesso metodo del giudice. Non si deve preoccupare di giustificare più di tanto il perché arrivi a determinate conclusioni. Ci sarà sì un preambolo che recherà le motivazioni delle statuizioni, ci saranno

relazioni e atti preparatori che serviranno a giustificare il potere pubblicistico che viene esercitato. Dal punto di vista del metodo, però, una norma è corretta se ha rispettato le fonti ad essa superiori, che ne limitano il possibile contenuto secondo principi gerarchici o di competenza. Se prendiamo l'atto normativo per eccellenza, la legge, è corretta se viene fatta rispettando la Costituzione. E così il decreto delegato, se rispetta la legge di delega; e il regolamento, se rispetta le norme aventi forza e valore di legge. A ciò si possono poi aggiungere i requisiti generali di metodo indicati da Crisafulli, i caratteri generali che una norma deve possedere. La generalità e l'astrattezza della formulazione, cosa che oggi come oggi è sempre più difficile rinvenire in un atto normativo.

La conclusione che si raggiunge è quindi che il metodo giuridico si può e si deve differenziare a seconda della categoria del giurista che opera nel concreto dell'esperienza giuridica.

3. Sul metodo giuridico dello studioso accademico.

Il chiarimento raggiunto ci aiuta a capire meglio quale deve essere il ruolo specifico del giurista accademico, dello studioso del diritto.

La risposta in verità dovrebbe essere semplice: lo studioso, non pressato dall'esigenza di definire una lite concretamente insorta in un caso di specie, né da quella di definire in maniera generale e astratta regole di condotta che devono essere osservate per la definizione delle liti o per prevenirne l'insorgere, dovrebbe preoccuparsi di ricomporre gli istituti giuridici che il dato più o meno disordinatamente proposto dal formante giurisprudenziale e da quello normativo consentono di ricostruire. Secondo principi informatori comuni ai diversi dati o fenomeni giuridici.

È importante intendersi sul fatto che i principi non sono solo quelli che siano esplicitamente dichiarati tali in un enunciato legislativo. Anche, e forse soprattutto, sono quelli che non sono espressamente dichiarati dal legislatore, ma che emergono dalla logica intrinseca del dato positivo, come principi generali della materia o dell'ordinamento. Ancora più importante è ricordare, come ben sottolineato da Marco Mazzamuto, che l'enucleazione di questi principi è compito precipuo della dottrina. La riconduzione dei diversi dati, nelle loro reciproche relazioni, in istituzioni giuridiche ricostruite secondo un principio di coerenza logica, la sistemazione dei diversi fenomeni giuridici in insiemi coerenti, è compito irrinunciabile per la dottrina, che non avrebbe altrimenti ragione d'essere se pensasse di poter limitare il proprio contributo soltanto alla mera comunicazione e diffusione della conoscenza del dato giurisprudenziale o normativo. Per far ciò, basterebbe e avanzerebbe un bravo giornalista.

La ricostruzione teorica degli istituti giuridici è invece un'attività di fondamentale importanza per garantire l'effettivo rispetto del principio democratico di eguaglianza da parte dell'ordinamento. La possibilità di confrontare la decisione del caso giurisprudenziale o un precetto normativo con un parametro di ragionevolezza preesistente è garanzia verso la possibilità di arbitrio tanto del giudice, quanto del legislatore. L'arbitrarietà o irragionevolezza del *favor* che venga eventualmente riservato dall'uno o dall'altro diventa visibile (e ove possibile censurabile nelle forme e nei modi previsti dall'ordinamento) se ed in quanto il raffronto con la disciplina e i principi informatori dell'istituto applicato, sia esso di diritto sostanziale o processuale, rende evidente che la scelta compiuta dal giudice o dal legislatore

non appare spiegabile in base ai principi e alle regole dell'istituto ma contrasta con esse. Altra cosa è, ovviamente, se si è invece di fronte a scelte e decisioni, legislative o giurisprudenziali, che, consapevolmente e dichiaratamente, ritengono opportuno innovare l'ordinamento revisionando o aggiornando l'istituto medesimo.

4. Ulteriori spunti di riflessione critica.

Oggi come oggi, il ruolo del giurista teorico è messo fortemente in crisi dai processi di globalizzazione, nel momento in cui questi tendono a rendere labili i confini tra le materie e obsoleti gli istituti tradizionalmente impiegati.

La *vulgata* dominante o, se si preferisce il *mainstream* imperante, vuole infatti che, oggi come oggi, il giurista debba aprirsi e confrontarsi con gli altri Saperi e non debba chiudersi in una torre d'avorio. Questo perché si ritiene che la società contemporanea, sempre più caratterizzata da processi di globalizzazione e di integrazione delle scienze e delle conoscenze, non possa più prescindere da forme di comunicazione più immediate e comprensibili dei Saperi e, soprattutto, da una sostanziale omogeneizzazione dei Saperi stessi che è frutto del loro reciproco intrecciarsi unicamente intorno ai rispettivi *fundamentals*, come ha ben rappresentato Fulvio Cortese.

Questo è un punto molto delicato sul quale occorre intendersi. Proprio e in special modo se intenda confrontarsi con gli altri Saperi, il giurista deve stare attento innanzi tutto a non perdere il tratto identitario del proprio Sapere, il che significa che il dato proprio dell'osservazione scientifica del giurista accademico rimane pur sempre il mondo del diritto, fatto di norme, giurisprudenza e istituti ricostruiti dalla letteratura giuridica. Il confronto suppone necessariamente la diversità. Se questa viene meno, non c'è più nemmeno la possibilità di confronto. In fondo, come ha ben ricordato Marco Mazzamuto, così è sempre stato e propugnare oltre misura l'eclettismo scientifico implica solo alimentare la crisi del diritto compromettendo il livello di civiltà dell'ordinamento.

Il tema è particolarmente delicato per lo studioso del diritto amministrativo, in quanto, a seguire i processi di omogeneizzazione in atto, si rischiano di perdere le caratteristiche di specialità, che contraddistinguono la materia non per il solo fatto che la pubblica amministrazione è necessariamente destinataria di tale disciplina, ma perché i rapporti giuridici e i conseguenti sistemi di garanzia ubbidiscono a principi informativi diversi rispetto a quelli tipici del diritto civile o dei privati cittadini. Procedimentalizzazione, unilateralità e tipicità degli effetti giuridici governano l'attività di tutela di interessi superindividuali; rilevanza dell'elemento volontaristico e atipicità degli effetti giuridici governano la tutela degli interessi individuali. Le prime vittime dei processi di omogeneizzazione sono le realtà che perdono la ragion d'essere della propria specialità e, nel caso del diritto amministrativo, la posta in gioco è l'abbandono di modelli che creano rapporti giuridici finalizzati ad apprestare garanzie nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo.

V'è certamente una crisi delle categorie tradizionali nello spiegare e orientare il mondo giuridico del dover essere, aggravata dalla crescente incapacità del legislatore d'intervenire dettando discipline che abbiano le caratteristiche della stabilità, della generalità e dell'astrattezza e che, almeno in ambito nazionale, diventa invece sempre più amministratore

di interessi particolari. Se le categorie tradizionali non sono più in grado di spiegare il presente, vuol dire che ne vanno ricostruite e messa a sistema di nuove, ma la giurisprudenza, come non ha mancato di sottolineare Pierluigi Portaluri, non può essere lasciata sola nell'occupazione degli spazi lasciati vuoti dal legislatore, altrimenti cresce il rischio che la giustizia trasmodi in arbitrio. La giustizia è una questione troppo importante perché se ne occupino solo i giudici. Così si legge nel manifesto della rivista alla quale tanti di noi collaborano nella sezione diritto e processo amministrativo nel preciso intento di rivitalizzare quello che una volta era il genere letterario, tipico del giurista, delle c.d. note a sentenza (per tutti v. **G. Morbidelli**, *Le note a sentenza di Aldo M- Sandulli*, in *Giustiziasieme.it*, 2 marzo 2022). E' una scommessa intellettuale che tanti di noi hanno fatto nel convincimento che giurisprudenza e dottrina debbano svolgere ciascuna il proprio ruolo mantenendo vivo un dialogo ispirato a un confronto non autoreferenziale: il giudice deve preoccuparsi di trovare la soluzione giusta nel caso concreto; la dottrina deve preoccuparsi di valutare la coerenza sistematica della singola pronuncia nell'insieme dell'ordinamento. Il dialogo, tra giurisprudenza e dottrina, che valorizzi le rispettive competenze e vocazioni è indispensabile per assicurare quanto più possibile il rispetto del principio della certezza del diritto e con esso l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge.

[1] L'articolo riproduce le conclusioni del convegno tenutosi presso l'Università degli Studi Roma Tre il 1 marzo 2022 su *Il confronto nel metodo giuridico*, i cui atti sono in corso di pubblicazione nel volume a cura di F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti, *Il confronto nel metodo giuridico*, Napoli, 2023.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2625 – 25 gennaio 2023

Il risarcimento del danno da illegittima bocciatura e conseguente ritardato ingresso nel mondo del lavoro (Nota a T.A.R. Liguria, sez. I, 5 ottobre 2022, n. 834)

di Ilaria Genuessi

Sommario: 1. Il caso di specie. – 2. Illegittimo esercizio dell'attività amministrativa e responsabilità aquiliana. – 2.1. Il risarcimento del danno derivante dalla illegittima bocciatura nel quadro dell'art. 2043 c.c. – 2.2. Presupposti dell'illecito ai fini della risarcibilità del danno. – 3. *Quantum* risarcibile e tipologie di danno: gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa e le statuizioni della pronuncia in esame. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Il caso di specie

La pronuncia in esame concerne la configurabilità di una fattispecie di danno risarcibile, patrimoniale e non, in caso di bocciatura scolastica riconosciuta come illegittima in sede giudiziale^[1].

In particolare, a seguito della presentazione di un primo ricorso – con sentenza del medesimo T.A.R. Liguria, peraltro divenuta intangibile mediante decreto del Consiglio di Stato con cui l'appello veniva dichiarato perento – si annullavano gli atti relativi alla mancata ammissione della ricorrente alla classe IV[^] del liceo scientifico.

Tali atti, in sostanza, determinavano la bocciatura della studentessa al termine della classe III[^] della scuola secondaria di secondo grado, frequentata nell'anno scolastico 2010/2011 e, precisamente, all'esito degli esami di riparazione sostenuti dalla ricorrente il 24 e 25 agosto 2011.

Nella medesima pronuncia si stabiliva peraltro l'annullamento «*con effetto ex nunc, fatta salva la successiva carriera scolastica della ricorrente*», e ciò «*anche in vista dell'eventuale domanda di ristoro dei danni sofferti*».

Di seguito, mediante ulteriore ricorso, la studentessa – attualmente architetto – si rivolgeva allo stesso giudice amministrativo al fine di ottenere la condanna, del Ministero dell'Istruzione e del Liceo Scientifico di Savona interessato, al risarcimento dei danni derivanti dall'illegittima bocciatura inflittale.

Nel dettaglio, la ricorrente evidenziava nel medesimo ricorso come a causa dell'illegittimo comportamento dell'Amministrazione scolastica, connotato da grave colpevolezza, avesse di fatto dovuto ripetere il terzo anno della scuola secondaria di secondo grado, con conseguente ritardo rispetto al suo percorso scolastico ed accademico, nonché con riferimento allo stesso accesso al mercato del lavoro.

Ragione per la quale l'esponente chiedeva il ristoro del danno patrimoniale da mancata promozione o da perdita di *chances*, da quantificarsi mediante C.T.U. o, in alternativa, da liquidarsi equitativamente, nonché del pregiudizio non patrimoniale subito.

Nel dettaglio, con specifico riferimento al danno patrimoniale, si dettagliavano i costi per il mantenimento da parte dei genitori durante l'anno scolastico ripetuto, stimati in € 8.469,81 in base ai dati Istat e il mancato guadagno per un anno di prestazioni professionali come architetto, pari ad € 27.212,40, o, in subordine, la perdita della *chance* di ottenere il suddetto reddito; per il danno non patrimoniale, invece, si richiedeva un importo per il turbamento emotivo interiore sofferto, da determinarsi in via equitativa.

Il T.A.R. Liguria, pronunciandosi sulla questione, accoglieva la domanda di risarcimento del danno, con riguardo ad entrambe le poste risarcitorie richieste dalla ricorrente e, in particolare, il danno patrimoniale da lucro cessante (escludendo invece il danno emergente, derivante dagli esborsi sostenuti dai genitori per mantenere la studentessa durante l'anno scolastico ripetuto a seguito della bocciatura), oltre che il danno non patrimoniale, quale danno morale soggettivo patito.

2. Illegittimo esercizio dell'attività amministrativa e responsabilità aquiliana

Un primo principio di diritto fondamentale posto dalla pronuncia in questione appare con evidenza l'inquadramento della domanda di risarcimento dei danni derivanti dell'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa nell'ambito del paradigma aquiliano, di cui all'art. 2043 cod. civ.^[ii].

Chiarendo tale aspetto la sentenza del giudice amministrativo in commento si pone in conformità rispetto a quanto da ultimo statuito sul punto dalla giurisprudenza amministrativa^[iii], in particolar modo dalla stessa Adunanza plenaria del supremo consesso amministrativo, richiamata dalla pronuncia in esame.

Così, in merito, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha statuito anzitutto, in senso generale, che «*la responsabilità in cui incorre l'amministrazione per l'esercizio delle sue funzioni pubbliche*

sia inquadrabile nella responsabilità da fatto illecito, sia pure con gli inevitabili adattamenti richiesti dalla sua collocazione ordinamentale nei rapporti intersoggettivi, quale risultante dall'evoluzione storico-istituzionale e di diritto positivo che la ha caratterizzata». Ancora, «la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimento, sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale»^[iv].

Così, è nella stessa summenzionata pronuncia del giudice amministrativo resa in funzione nomofilattica che, inquadrando la questione, si chiarisce come *«nel paradigma dei rapporti giuridici interessati dal pubblico potere, lo strumento di tutela elettivo e di carattere generale per l'interesse legittimo è quello dell'azione costitutiva di annullamento dell'atto amministrativo»*, sebbene nel corso del tempo, la stessa giurisprudenza abbia – come noto – disancorato l'interesse legittimo dalla sua originaria concezione di interesse occasionalmente protetto e, tenendo conto altresì del complessivo quadro normativo, ne abbia rilevato la dimensione "sostanzialista", quale interesse correlato ad un "bene della vita" coinvolto nell'esercizio della funzione pubblica, e comunque a una situazione soggettiva sostanziale facente parte della sfera giuridica di cui il soggetto è titolare.

Cosicchè, al privato sono innanzitutto riconosciuti strumenti di tutela procedimentale finalizzati ad orientare la discrezionalità dell'amministrazione, oltre che diverse forme di tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive scaturenti dall'esercizio del potere dell'amministrazione, ciò al fine di rendere effettiva la protezione del cittadino, anche nel quadro di un nuovo modello di amministrazione originatosi (definito anche quale modello di amministrazione pubblica "di prestazione").

Ecco che, come noto, nell'ambito delle forme di tutela ulteriori rispetto alla classica predetta azione di annullamento, già in un periodo antecedente rispetto alla storica sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione del 22 luglio 1999, n. 500^[v], ha assunto un ruolo rilevante la stessa tutela risarcitoria, ammessa anche nei confronti del potere pubblico, sebbene – in origine – in virtù di precise e specifiche norme a carattere settoriale^[vi].

Alle stesse hanno fatto seguito previsioni a carattere generale riportate dapprima nel d.lgs. n. 80/1998, successivamente nella l. n. 205/2000^[vii] e, da ultimo, nel Codice del processo amministrativo.

In sostanza, mediante le suddette previsioni si è introdotto in ambito pubblicistico un sistema in base al quale risulta devoluto al giudice amministrativo, quale *«giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica»*, il potere di condannare l'amministrazione pubblica al risarcimento del danno, nel caso di illegittimo esercizio del potere pubblico, in ottica rimediabile, ovvero quale *«strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione»*^[viii].

Le suddette previsioni, inoltre, hanno trovato definitiva sistemazione nel Codice del processo amministrativo: così, in particolare, alla luce delle disposizioni di cui: all'art. 1, concernente la tutela "piena ed effettiva" nei confronti dell'amministrazione; all'art.7, commi 4 e 7, rispetto alla tutela degli interessi legittimi ed al risarcimento del danno per lesione dei medesimi; così come all'art. 30 del Codice stesso.

Ecco che, secondo tale impostazione, la responsabilità dell'amministrazione per l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa va ad essere inquadrata, dunque, nell'ambito della responsabilità da fatto illecito anche in ragione della posizione di "supremazia" dell'amministrazione medesima e della conseguente autoritatività che connota i provvedimenti amministrativi; in altri termini, occorre rilevare come la pubblica amministrazione – per ragioni storiche, sistematiche e normative – non possa essere assimilata al "debitore" obbligato per contratto ad "adempiere" in modo esatto nei confronti del privato e, conseguentemente, l'emanazione di atti illegittimi si ponga quale fonte di responsabilità in base al principio generale del *neminem laedere*[ix].

Sul piano normativo, a conferma della riconducibilità del danno per lesione di interessi legittimi al modello della responsabilità per fatto illecito, si collocano altresì le previsioni testuali di cui all'art. 30, commi 2 e 4 del Codice del processo amministrativo facenti riferimento al «*danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria*», e al «*danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*»[x].

In altri termini, collocandosi nel dibattito giurisprudenziale circa la natura della responsabilità nel caso in questione, la pronuncia dell'Adunanza plenaria di cui si è detto poc'anzi ha chiaramente affermato la natura extracontrattuale della responsabilità, condividendo nella sostanza l'indirizzo maggioritario in materia[xi]; per completezza occorre ad ogni modo rilevare che si registra altresì un orientamento minoritario – al quale pare riconducibile la stessa ordinanza di rimessione alla plenaria – qualificante invece la responsabilità di cui trattasi come contrattuale o da contatto sociale[xii].

Peraltro, per quanto rileva ai fini della presente trattazione, occorre porre in evidenza come la ricostruzione della natura della responsabilità in termini di responsabilità extracontrattuale determini, ai fini della condanna dell'amministrazione al risarcimento per lesione dell'interesse legittimo, la positiva verifica di tutti i presupposti caratterizzanti l'illecito aquiliano, *ex art. 2043 c.c.* e comporta altresì l'applicazione dei criteri di cui all'art. 2056 c.c., così come degli artt. 1223,1226,1227, comma secondo c.c.; non essendo invece applicabile il canone della prevedibilità di cui all'art. 1225 c.c.[xiii].

2.1. Il risarcimento del danno derivante dalla illegittima bocciatura nel quadro dell'art. 2043 c.c.

Ebbene, la pronuncia in esame ha il merito di inquadrare la fattispecie della bocciatura scolastica illegittima quale atto dell'amministrazione scolastica caratterizzato da illegittimità, in quanto tale lesivo dell'interesse pretensivo dello studente ad essere ammesso alla classe successiva e fonte di danno patrimoniale e non patrimoniale risarcibile.

Sul fronte della illegittimità della bocciatura, nel dettaglio, nel caso in questione, i giudici richiamano l'antecedente sentenza del medesimo Tribunale, sez. II – passata in giudicato – di annullamento degli atti concernenti la bocciatura comminata nel 2011 alla ricorrente, in quanto ritenuti affetti da plurime illegittimità.

Tra le illegittimità che connotano gli atti presi in esame dal primo giudice e richiamate nel dettaglio nella pronuncia in commento, in particolare, si segnala la mancata valutazione ad opera del consiglio di classe della preparazione complessiva dell'alunna, né in sede di

scrutinio di fine anno, né in sede di esami di riparazione, laddove l'apprezzamento del rendimento generale sarebbe stato necessario, sia alla luce dei buoni voti conseguiti dalla discente nelle altre materie, sia in ragione del palese conflitto insorto tra l'allieva la professoressa di matematica, sia per il fatto che i metodi didattici dell'insegnante erano già stati oggetto di dubbi e contestazioni, come documentato in sede di giudizio.

Ancora, rileva l'assenza dei voti negativi in matematica e fisica attribuiti alla studentessa nello scrutinio di fine anno sul registro dell'insegnante.

Inoltre, si ritiene illegittimo, oltre che configurante una disparità di trattamento, l'utilizzo da parte della docente, nei riguardi della ricorrente, di un metro di valutazione più rigoroso rispetto a quello applicato agli altri compagni di classe, come peraltro provato in sede di giudizio nell'ambito di apposita perizia di parte, nella quale il consulente ha evidenziato l'assegnazione all'alunna in questione di voti più bassi rispetto ai compagni, pur in presenza di pressochè identici compiti in classe.

Nella pronuncia si riconosce, altresì, un illegittimo esercizio dell'attività amministrativa nella difformità tra i punteggi attribuiti in sede di esame di riparazione rispetto ai criteri di valutazione predeterminati nell'ambito del Piano dell'offerta formativa, quale documento generale di riferimento dell'istituzione scolastica, dotata di autonomia funzionale.

Da ultimo, si ritiene attività illegittima l'inserimento nell'ambito della prova di recupero destinata alla ricorrente di argomenti estranei rispetto al programma trattato nel corso dell'anno scolastico.

Ebbene, l'individuazione degli specifici atti e comportamenti illegittimi adottati dal personale dell'istituto scolastico pare di particolare interesse, anche in riferimento ad analoghi pronunciamenti del giudice amministrativo, poiché si ritiene si ponga quale fattispecie di riferimento, essenziale al fine della perimetrazione dell'ambito della risarcibilità del danno, in senso generale, nel caso di illegittima bocciatura in sede scolastica^[xiv].

Nell'ambito di una pur recente pronuncia della giurisprudenza amministrativa sul tema, a titolo esemplificativo, si è ritenuta illegittima la bocciatura dello studente a fronte dell'insufficienza riportata in una sola materia e in presenza di una motivazione relativa alla mancata ammissione alla classe successiva condensata nella formula – eccessivamente stringata e non in grado di far comprendere allo studente le ragioni dell'insuccesso scolastico – «*non promosso dopo recupero carenze*»^[xv].

2.2. Presupposti dell'illecito ai fini della risarcibilità del danno

Nella sentenza in commento i giudici, inquadrata la fattispecie ai fini del risarcimento delle poste di danno individuate dalla ricorrente nell'ambito della responsabilità aquiliana, precisano come, nel caso di specie, ricorrano tutti i presupposti dell'illecito extracontrattuale e così specificamente: l'illegittimità degli atti adottati dall'amministrazione scolastica condannata al risarcimento del danno unitamente al Ministero; l'elemento soggettivo; il danno ingiusto ed il nesso di causalità.

Nel dettaglio, in primo luogo, rispetto alla illegittimità degli atti adottati, rileva quanto esposto nel paragrafo precedente, in termini di plurime illegittimità ravvisabili in seno agli atti

amministrativi relativi alla bocciatura della studentessa e agli atti connessi, come da statuizioni della sentenza in commento, oltre che della antecedente pronuncia del medesimo giudice amministrativo di primo grado di annullamento degli atti di cui trattasi.

Rispetto all'elemento soggettivo – quale ulteriore elemento necessario, come noto, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana – il giudice amministrativo esplicita nella pronuncia come non possano essere accolte le obiezioni della difesa erariale e, di contro, si ritiene sussista in capo all'amministrazione la colpa per aver emanato gli atti suddetti^[xvi].

Sul punto si aggiunge che *«le illegittimità riscontrate appaiono infatti rimproverabili e non scusabili, sia per la loro numerosità, sia per la sussistenza (anche) del vizio di disparità di trattamento, particolarmente stigmatizzabile per il suo carattere “odioso”, tanto più in quanto inficiante l'attività valutativa condotta nell'ambito del sistema pubblico di istruzione e nei confronti di una ragazza minorenn»*.

Sul punto si può osservare come la stessa giurisprudenza amministrativa, pronunciatisi in precedenza su casi analoghi, abbia ravvisato la piena sussistenza dell'elemento soggettivo rispetto alla fattispecie della bocciatura dello studente in sede di esame di maturità, rilevando come, in tal caso, l'illegittimità dell'azione si sostanzia nella diretta violazione di previsioni ministeriali circa lo svolgimento delle prove nel corso degli Esami di Stato *«senza che sul punto possano dirsi sussistere incertezze interpretative, contrasti giurisprudenziali o altri elementi che possano far dubitare della piena attribuibilità soggettiva all'amministrazione pubblica della condotta tenuta»*^[xvii].

Ancora, rispetto ai presupposti dell'illecito ai fini della configurabilità di un danno risarcibile, si pone in evidenza come, nel caso di specie, ricorrano il danno ingiusto ed il nesso eziologico con gli atti viziati annullati.

In senso generale, la fattispecie di responsabilità aquiliana che viene in rilievo ha certamente quale elemento centrale quello dell'ingiustizia del danno, che occorre provare in giudizio, a differenza dell'ipotesi della responsabilità contrattuale. Nel dettaglio, il requisito dell'ingiustizia del danno implica la possibilità di riconoscimento del risarcimento laddove l'illegittimo esercizio del potere abbia di fatto determinato una lesione ad un bene della vita del privato che il medesimo avrebbe avuto titolo per mantenere, ovvero ottenere, a seconda della sussistenza, rispettivamente, di un interesse legittimo oppositivo ovvero pretensivo^[xviii].

Del resto, rispetto al requisito dell'ingiustizia del danno, la stessa giurisprudenza amministrativa ha chiarito nel tempo come, in virtù della correlazione tra l'ingiustizia del danno e la dimensione sostanzialistica dell'interesse legittimo, solo laddove dall'esercizio illegittimo della pubblica funzione sia derivata una lesione alla sfera giuridica del privato, quest'ultimo potrà richiedere in sede giudiziale il risarcimento del danno; quest'ultimo sarebbe di contro escluso quando l'interesse legittimo riceva una tutela idonea con l'accoglimento dell'azione di annullamento, ma quest'ultimo sia determinato da una illegittimità, di carattere formale, da cui non derivi un accertamento di fondatezza della pretesa del privato, ma un vincolo per l'amministrazione a rideterminarsi, nell'ambito della discrezionalità ad essa spettante^[xix].

Sul punto, nella pronuncia in commento, si esplicita in particolare come l'attività provvedimento illegittima dell'istituto scolastico abbia di fatto leso l'interesse pretensivo della studentessa ad essere ammessa alla classe IV[^].

Rispetto al nesso eziologico, il collegio giudicante ritiene possa formularsi un giudizio prognostico positivo circa il fatto che, «*se l'azione amministrativa non fosse stata inficiata dai molteplici vizi censurati*», la ricorrente «*avrebbe potuto ottenere l'agognata promozione*».

Del pari evidente secondo i giudici che «*in conseguenza della bocciatura, la ricorrente ha dovuto rifrequentare la classe III[^], rallentando il suo percorso di istruzione ed il suo ingresso nel mondo del lavoro*».

Sul punto, in antecedenti pronunce sul tema, la giurisprudenza amministrativa ha posto in evidenza la necessità, al fine dell'esito positivo del giudizio risarcitorio, che le illegittimità riscontrate nell'espletamento dell'attività ad opera dell'amministrazione siano tali da condurre ad una illecita compressione degli interessi sostanziali del cittadino.

In altri termini, la giurisprudenza prevalente, cui la pronuncia in commento peraltro si uniforma, ritiene necessario operare un giudizio prognostico “ora per allora” alla luce del quale si possa affermare che in assenza degli individuati profili di illegittimità vi sarebbe stata una consistente possibilità per l'amministrato di conseguire il bene della vita cui aspirava.

Si tratta cioè di un giudizio prognostico “positivo” da intendersi quale sussistenza di maggiori possibilità di esito positivo, piuttosto che negativo, con riguardo alla ipotetica attività amministrativa legittima^[xx].

A proposito del giudizio prognostico predetto, dunque, con specifico riferimento all'elemento del nesso di causalità, necessario ai fini della configurabilità di una responsabilità aquiliana ai sensi dell'art. 2043 c.c., l'Adunanza plenaria si è peraltro recentemente pronunciata precisando sul punto come «*l'accertamento del nesso di consequenzialità immediata e diretta del danno con l'evento pone problemi di prova con riguardo al lucro cessante in misura maggiore rispetto al danno emergente. A differenza del secondo, consistente in un decremento patrimoniale avvenuto, il primo, quale possibile incremento patrimoniale, ha di per sé una natura ipotetica. La valutazione causale ex art. 1223 cod. civ. assume pertanto la fisionomia di un giudizio di verosimiglianza (rectius: di probabilità), in cui occorre stabilire se il guadagno futuro e solo prevedibile si sarebbe concretizzato con ragionevole grado di probabilità se non fosse intervenuto il fatto ingiusto altrui. Non a caso in questo ambito è sorta la tematica della risarcibilità della chance, considerata ormai, sia dalla giurisprudenza civile sia dalla giurisprudenza amministrativa, una posizione giuridica autonomamente tutelabile -morfologicamente intesa come evento di danno rappresentato dalla perdita della possibilità di un risultato più favorevole (e in ciò distinta dall'elemento causale dell'illecito, da accertarsi preliminarmente e indipendentemente da essa)- purché ne sia provata una consistenza probabilistica adeguata e nella quale può quindi essere ricondotta la pretesa risarcitoria connessa al regime tariffario incentivante di cui la società ricorrente chiede il ristoro per equivalente*»^[xxi].

Del resto, sul punto, mette conto evidenziare come nell'ambito della giurisprudenza amministrativa sia ravvisabile anche un orientamento maggiormente restrittivo a proposito del suddetto giudizio prognostico, il quale – ai fini della configurabilità del risarcimento del danno da attività provvedimento illegittimo secondo il paradigma della responsabilità extracontrattuale – richiede una valutazione prognostica, caratterizzata da tratti di verosimile certezza, alla luce della quale «*l'aspirazione al provvedimento soddisfacente dell'interesse finale fosse senz'altro destinata ad un esito favorevole*»^[xxii].

In altri termini, in relazione alla fattispecie dell'illegittima bocciatura dello studente ai fini della risarcibilità del danno, si richiederebbe, oltre alla sussistenza degli altri elementi costitutivi la responsabilità in parola, tenuto conto altresì del principio dell'onere della prova

di cui all'art. 2697 c.c., la dimostrazione – anche sulla base di presunzioni – della certa spettanza del bene della vita cui l'interessato aspirava, collegato all'interesse pretensivo in questione^[xxiii].

Tale orientamento maggiormente rigoroso, tuttavia, parrebbe eccessivamente rigido, con la conseguenza per cui nella sostanza si approderebbe, nella maggior parte dei casi, alla impossibilità di ritenere configurabile un risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi “pretensivi”, perlopiù in ragione della evidente difficoltà di fornire la prova richiesta nei termini di cui al giudizio prognostico predetto^[xxiv].

Nell'ambito di tale orientamento minoritario, in un caso analogo di non ammissione di uno studente alla classe successiva, in tema di risarcimento del danno conseguente alla illegittima determinazione, si è affermato a proposito dell'onere probatorio e della valutazione prognostica come *«il superamento della grave insufficienza, preclusiva del passaggio alla classe superiore, sarebbe stato infatti possibile solo a seguito di un rinnovato giudizio globale circa il livello formativo e la personalità dello studente, giudizio che spettava solo al corpo insegnante - o ad altro organo tecnico appositamente designato - formulare discrezionalmente, fatta salva la specifica valutazione degli elementi, che nella sentenza passata in giudicato si ritenevano indebitamente pretermessi. [...] Va rilevato infine che - alla stregua di un ordinario e adeguato nesso di causalità - il giudizio di non idoneità al passaggio alla classe superiore, che era stato ritenuto illegittimo non può ritenersi, in assenza di ulteriori specifici elementi, causa efficiente di reazioni abnormi, come quella posta in essere dall'interessato. Il giudicato, cui è ricondotta la domanda in esame, in conclusione, non era idoneo a sorreggere di per sé, in modo esaustivo, il richiesto risarcimento del danno»*^[xxv].

3. Quantum risarcibile e tipologie di danno: gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa e le statuizioni della pronuncia in esame

Rispetto alle specifiche tipologie di danno riconosciute ed al relativo *quantum* risarcibile, il collegio riconosce in primo luogo alla ricorrente la spettanza di un danno patrimoniale, nello specifico da lucro cessante, patito per aver ottenuto il diploma di maturità al termine dell'a.s. 2013/2014, anziché dell'a.s. 2012/2013 e, conseguentemente, per avere differito di un anno gli studi universitari e l'inizio dell'attività professionale.

Proprio *«a causa del ritardo nel conseguimento del titolo di studio di scuola superiore»*, la ricorrente – di seguito laureatasi in corso in architettura – avrebbe cioè, secondo quanto chiarito nella pronuncia in analisi, *«subito un allungamento dei tempi per svolgere l'attività lavorativa produttiva di reddito»*^[xxvi].

Rispetto alla esatta quantificazione della posta di danno in questione pare di interesse quanto statuito nella pronuncia in esame nella quale si evidenzia, anzitutto, come il pregiudizio economico ristorabile non possa coincidere *in toto* con il mancato reddito medio di un anno di lavoro, posto che la percezione dei guadagni è stata solamente posticipata nel tempo e non persa in senso assoluto; a tale precisazione si aggiunge l'elemento per cui *«il ritardo si ripercuote anche sui contributi previdenziali da versare e, quindi, ai fini pensionistici»*^[xxvii].

La determinazione del danno patito a titolo di lucro cessante, ad ogni modo, si ritiene debba essere formulata in base di una valutazione equitativa, secondo il combinato disposto di cui

agli artt. 1226 e 2056 c.c.: pur ritenendo il suddetto danno *«innegabilmente sussistente»*, cioè, si ravvisa un'ipotesi di impossibilità di esatta individuazione di una stima del danno occorso.

Nel caso di specie, pertanto, si ritiene equo liquidare una somma, a titolo di diminuito utile derivante dal ritardo predetto, parametrando la medesima al reddito medio di un professionista del settore, in quell'area geografica di riferimento, somma ritenuta peraltro congruente rispetto agli importi fatturati dalla ricorrente nel primo (seppure parziale) anno di attività, ovvero con riguardo alla capacità competitiva dimostrata dalla ricorrente nell'esplicitamento dell'attività professionale.

Sempre sul fronte del danno patrimoniale non è invece riconosciuto, nel caso di specie, il danno emergente legato agli esborsi sostenuti dai genitori della ricorrente per mantenerla durante l'anno scolastico ripetuto, trattandosi – come evidenziato dal collegio – *«di un nocumento subito non già da lei, bensì, appunto, da suo padre e da sua madre (né avendo la ricorrente allegato e dimostrato di avere rimborsato loro tali spese)»*.

Sul piano delle poste di danno ritenute risarcibili nel caso concreto si ritiene la pronuncia in commento degna di menzione, in particolar modo, con riferimento alla liquidazione del danno non patrimoniale^[xxviii].

La giurisprudenza amministrativa, in altri termini, ha riconosciuto in numerose ipotesi la risarcibilità del danno patrimoniale subito dal ricorrente in conseguenza della bocciatura illegittima; di contro, tuttavia, appare piuttosto raro e, dunque, meritevole di essere preso in considerazione, quanto disposto nella pronuncia con particolare riguardo alla sussistenza di un danno non patrimoniale nel caso della bocciatura dello studente riconosciuta come illegittima in sede giudiziale^[xxix].

In proposito, il collegio ammette il ristoro del danno morale soggettivo per la sofferenza interiore arrecata alla studentessa dall'illegittima bocciatura, anche in tal caso liquidato in via equitativa e – in considerazione di tutte le circostanze concrete del caso specifico – stimato in euro 1300.

Nello specifico, tale riconoscimento avviene conformemente alla *“massima di esperienza”* richiamata dai giudici nella pronuncia per la quale *«nella normalità dei casi, una bocciatura scolastica, specialmente se ingiusta, [si ritiene] cagioni nell'alunno patema d'animo, afflizione, frustrazione ed angoscia»*.

Alla necessità di riferirsi alle massime di esperienza con riguardo a tale posta di danno il giudicante approda nella pronuncia in commento sulla base di un'argomentazione, meritevole di attenzione, per la quale l'immaterialità del danno di cui trattasi e *«l'assenza sia di base organica che di componenti relazionali sfuggono ad un accertamento fondato sugli ordinari canoni probatori, imponendo il ricorso al ragionamento logico-inferenziale fondato sull'id quod plerumque accidit e, quindi, sulle massime di esperienza, che possono da sole fondare la determinazione dell'organo giudicante»*^[xxx].

Il danno morale – come peraltro sostenuto in maniera pressoché univoca dalla giurisprudenza e rammentato dalla stessa pronuncia in commento – pur rientrando nella categoria generale del danno non patrimoniale, di cui all'art. 2059 c.c., deve essere distinto, da un lato, dal danno biologico quale danno alla salute e, dall'altro lato, dal danno c.d. esistenziale concernente la dimensione dinamico-relazione della vita dell'interessato e

attinente invece al patimento di natura interiore che l'evento lesivo provoca nella vittima^[xxxii].

Ancora, altro principio di diritto rilevante affermato nella pronuncia in relazione a tale voce risarcitoria pare certamente quello per cui «*il danno morale è risarcibile anche se l'illecito civile non sia configurabile come reato, perché viene in rilievo la lesione dell'integrità morale della persona, costituente un diritto inviolabile tutelato dall'art. 2 Cost.*»^[xxxiii].

Tale principio si ritiene ad oggi consolidato anche sul piano giurisprudenziale e riconducibile dunque ad un univoco orientamento alla luce del quale il danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.*, quale danno determinato dalla lesione di interessi concernenti la persona non connotati da rilevanza economica, risulta risarcibile alla luce del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili. La tutela di cui trattasi, infatti, si estende alle fattispecie di danno non patrimoniale determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti sul piano costituzionale^[xxxiiii].

4. Osservazioni conclusive

La pronuncia presa in esame si ritiene di particolare interesse, specialmente ritenuto che non paiono ravvisabili ad oggi, nell'ordinamento interno, previsioni chiare circa l'*an* e il *quantum* del risarcimento del danno nell'ipotesi di bocciatura dello studente ritenuta illegittima.

In tal senso, la sentenza del T.A.R. Liguria annotata, collocandosi in tale panorama di scarsa chiarezza e mancata univocità degli stessi orientamenti giurisprudenziali sul punto, detta alcuni punti fermi circa la risarcibilità dei danni derivanti dalla suddetta specifica attività illegittima dell'amministrazione pubblica.

I medesimi principi possono, in aggiunta, essere considerati e ritenuti applicabili, in un'ottica più ampia, con riguardo ai danni risarcibili nelle ipotesi di illegittima bocciatura, in senso generale, in ambito concorsuale.

Merito della pronuncia si ritiene, certamente, seppur in presenza di una esigua somma complessivamente riconosciuta a titolo di danno non patrimoniale (1300 euro), quello di aver statuito la risarcibilità del danno anche non patrimoniale e specialmente del danno morale, determinato dalla bocciatura illegittima in sede scolastica, specialmente riconoscendo il criterio alla luce del quale determinare il risarcimento medesimo ed il relativo *quantum* risarcitorio.

La sentenza, in altri termini, pare condivisibile nella individuazione del ristoro del danno morale in base alla massima di esperienza per la quale la bocciatura scolastica ingiusta [si ritiene] cagioni sofferenza, frustrazione ed angoscia e determini un possibile danno non patrimoniale risarcibile facendo ricorso ad un ragionamento logico-inferenziale fondato sull'*id quod plerumque accidit*.

[i] In tema cfr. tra le più recenti pronunce del giudice amministrativo Cons. Stato, sez. VII, 16 giugno 2022, n. 4913, resa sulla questione della asserita illegittimità del provvedimento del "giudizio di non ammissione" alla classe successiva di uno studente e conseguente richiesta di risarcimento del danno derivante dall'illegittimità degli atti impugnati. Nel caso di specie, peraltro, il giudice amministrativo respinge l'appello, ritiene il ricorso infondato e non riconosce alcun risarcimento del danno. Peculiare fattispecie anche quella presa in esame, sul tema, nell'ambito della sentenza T.A.R. Venezia, (Veneto) sez. I, 17 settembre 2020, n. 826 (in *Foro amm.*, 2020, 9, 1737) laddove, a seguito della intervenuta bocciatura in sede di esame finale parte ricorrente ha impugnato i provvedimenti dell'amministrazione scolastica, chiedendo l'annullamento degli atti impugnati, oltre al risarcimento del danno derivante dalla illegittima ammissione all'esame in quanto il minore avrebbe «inutilmente sostenuto l'esame di Stato, con tutto lo stress, l'agitazione, l'ansia da prestazione» e il risarcimento del danno derivante «dalla perdita di chance, perdita della mera possibilità di conseguire l'occasione, ovvero di poter affrontare la bocciatura come ci si sarebbe aspettato da un corretto esercizio del potere». Il T.A.R. ritiene, anzitutto, che non sussistano i profili di illegittimità del provvedimento contestati da parte ricorrente; inoltre, che l'interesse ad ottenere una valutazione negativa in sede di ammissione all'esame di Stato al fine di evitare l'impegno e lo stress che le relative prove comportano non è normativamente tutelato né giuridicamente rilevante (tenuto altresì conto che lo studente ammesso ha pur sempre la facoltà di non sostenere l'esame), sicché la lesione di un tale interesse non può pertanto costituire un danno ingiusto ex art. 2043 c.c. Con specifico riferimento al danno non patrimoniale, preso in esame nella pronuncia in commento, il giudicante nel caso concreto ritiene infondata la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale, posto che «per consolidata giurisprudenza può essere risarcito solo nei casi espressamente previsti (art. 2059 c.c.) o in caso di lesione di interessi costituzionalmente garantiti (Cass. Sez. Unite, 12 novembre 2008, n. 26972), ipotesi entrambe non configurabili nel caso di specie».

[ii] Sull'argomento, in senso generale, si v. E. Follieri, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, 146; R. Garofoli-G.M. Racca-M. De Palma, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 614 ss., a proposito del risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo pretensivo e F.F. Guzzi, *La responsabilità della p.A. da provvedimento illegittimo: profili sostanziali*, in G. Cassano-N. Posteraro, *Le responsabilità della pubblica amministrazione*, Padova, 2019, 22.

Sempre sulla natura dell'interesse legittimo e risarcibilità si v. il dibattito instauratosi in dottrina sull'argomento, tra gli altri, nell'ambito dei contributi di: A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 22-25; F.G. Scoca, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 21 e A. Orsi Battaglini-C. Marzuoli, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in A. Orsi Battaglini, *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1588 ss. Per una ricostruzione delle teorie formulate della dottrina a proposito della risarcibilità del danno da lesione dell'interesse legittimo pretensivo cfr. altresì M. Trimarchi, *Responsabilità della P.A. per lesione di interessi «pretensivi» e vizi formali*, in *Foro amm. CDS*, 1, 2009, 149 ss.

[iii] Cfr., in particolare, tra le altre, la recente pronuncia del medesimo T.A.R. Liguria, sez. I, 4 marzo 2022, n. 180, in www.giustizia-amministrativa.it, laddove si è chiarito che la domanda di risarcimento dei danni da illegittimo esercizio dell'attività amministrativa vada ricondotta nell'ambito del paradigma aquiliano di cui all'art. 2043 cod. civ. ed ai fini del risarcimento in parola debbano sussistere tutti i presupposti dell'illecito e precisamente: l'illegittimità degli atti adottati dall'amministrazione; l'elemento soggettivo; il danno ingiusto; il nesso di causalità.

[iv] Si fa riferimento a Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, in *Foro amm.*, 2021, 4, 590 e in *Riv. giur. edilizia*, 2021, 3, I, 837. Nel dettaglio, nel caso di specie, l'ordinanza Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, 15 dicembre 2020, n. 1136, aveva rimesso all'Adunanza plenaria le seguenti questioni: «1) "se si configuri o meno una interruzione del nesso di causalità della fattispecie risarcitoria ex art. 2043 c.c. di tipo omissivo se, successivamente all'inerzia dell'Amministrazione su istanza pretensiva del privato, di per sé foriera di ledere il solo bene tempo, si verifichi una sopravvenienza normativa che, impedendo al privato di realizzare il progetto al quale l'istanza era preordinata, determini la lesione dell'aspettativa sostanziale sottesa alla domanda presentata all'Amministrazione, che sarebbe stata comunque soddisfatta, nonostante l'intervenuta nuova disciplina, se l'Amministrazione avesse ottemperato per tempo"; 2) "se il paradigma normativo cui ancorare la responsabilità dell'Amministrazione da provvedimento (ovvero da inerzia e/o ritardo) sia costituito dalla responsabilità contrattuale piuttosto che da quella aquiliana"; 3) in caso di risposta al quesito 2) nel senso della natura contrattuale della responsabilità, "se la sopravvenienza normativa occorsa intervenga, all'interno della fattispecie risarcitoria, in punto di quantificazione del danno (1223 c.c.) o di prevedibilità del medesimo (1225 c.c.)"; 4) in caso di risposta al quesito 2) nel senso della natura contrattuale della responsabilità, "se deve o meno essere riconosciuta la responsabilità dell'Amministrazione per il danno da mancata vendita dell'energia nei termini, anche probatori, sopra illustrati"; 5) in via subordinata, in caso di risposta al quesito 2) nel senso della natura extracontrattuale della responsabilità, "se in ipotesi di responsabilità colposa da lesione dell'interesse legittimo pretensivo integrata nel paradigma normativo di cui all'art. 2043 c.c. la pubblica amministrazione sia tenuta o meno a rispondere anche dei danni derivanti dalla preclusione al soddisfacimento del detto interesse a cagione dell'evento — per essa imprevedibile — rappresentato dalla sopravvenienza normativa primaria preclusiva e, in ipotesi di positiva risposta al detto quesito, se tale risposta non renda non manifestamente infondato un dubbio di compatibilità di tale ricostruzione con il precetto di cui all'art. 81 terzo comma Cost."; 6) sempre in via subordinata, in caso di risposta al quesito 2) nel senso della natura extracontrattuale della responsabilità "se debba o meno essere riconosciuta la responsabilità della Regione per il danno da mancata vendita dell'energia nei termini, anche probatori, sopra illustrati". La controversia riguardava la domanda di risarcimento del danno dovuto al ritardo nel rilascio di autorizzazioni uniche per impianti fotovoltaici, il quale aveva reso impossibile accedere al regime incentivante a causa di una sopravvenienza normativa comportante la rinuncia all'intero progetto in ragione della antieconomicità dell'iniziativa imprenditoriale in

assenza di contribuzione pubblica. In particolare, dubbio del giudice rimettente sul punto si incentrava sulla questione se la sopravvenienza normativa costituisca un fattore causale autonomo, in grado di interrompere il nesso di consequenzialità immediata e diretta ex art. 1223 cod. civ. tra la ritardata conclusione dei procedimenti autorizzativi ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso al regime incentivante, o – espresso in altri termini – di configurare il ritardo dell'amministrazione come mera occasione rispetto al pregiudizio patrimoniale lamentato dalla società ricorrente, unitamente agli altri dalla stessa dedotti in giudizio.

[v] Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro amm.* 2000, 2062, con nota di Salemme e Carpinelli; in *Giorn. dir. amm.* 1999, 832, con nota di Torchia e in *Urb e app.*, 1999, 1067 con nota di Proto.

[vi] Cfr. in particolare, rispetto alle procedure di affidamento di contratti pubblici, l'art. 13 l. 19 febbraio 1992, n. 142 e, nella materia edilizia, l'art. 4 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 398, conv. nella l. 4 dicembre 1993, n. 493, per il danno da ritardato rilascio del titolo a costruire.

[vii] L'art. 35, comma 1, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, ha introdotto la previsione per cui, nelle materie dell'urbanistica, dell'edilizia e dei servizi pubblici, ove ha giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo «dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto». Si v., in merito, anche Corte cost., ord., 8 maggio 1998, n. 165, in *Foro Amm.* 1999, 1983. Di seguito, l'art. 7, comma 4, della l. n. 205/2000 ha poi previsto la risarcibilità del danno in ogni caso di lesione arrecata all'interesse legittimo.

[viii] Sul punto ed in questi termini, in particolare, si è espresso il giudice costituzionale nelle pronunce seguenti: Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Dir. e giust.*, 2005, 20, 99, con nota di Proietti e in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214, con nota di Mazzaroli e Id., 11 maggio 2006, n.191, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 4, 1005, con nota di Malinconico; Allena.

[ix] In questo senso, Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, cit.

[x] Oltre alle previsioni normative richiamate, si pensi altresì al dato testuale di cui all'art. 2-bis, comma 1, l. 241/1990, con specifico riferimento alle conseguenze del ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento, per cui i soggetti pubblici e privati chiamati ad agire secondo le regole del procedimento amministrativo «sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento». In dottrina v., tra gli altri in argomento, G. Mari, *La responsabilità della p.A. per danno da ritardo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 348; M.L. Maddalena, *Il danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 174.

[xi] Tra le altre pronunce v. Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2019, n. 4857, in *Foro amm.*, 2019, 1224.

[xii] In tal senso si v., in particolare, Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1467, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 7-8, 1542, con nota di Patrino; T.A.R. Liguria, sez. I, 9 gennaio 2020, n. 6, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, 2, I, 346, oltre che, sempre in tal senso, Cass., sez. un., 28 aprile 2020 n. 8236, in *Guida al diritto*, 2020, 30, 62.

[xiii] V. in merito, Cons. Stato, sez. II, 20 maggio 2019, n. 3217; Id., sez. VI, 19 marzo 2019 n. 1815, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

[xiv] In tema di illegittimità della bocciatura scolastica nell'ambito della giurisprudenza amministrativa si v., tra le altre, T.A.R. Puglia, sez. II, 17 settembre 2019, n. 1473, in *Diritto & Giustizia* 2019; T.A.R. Trieste, (Friuli-Venezia Giulia) sez. I, 12 ottobre 2017, n. 312, in *Foro it.*, 2017, 11, III, 572; T.A.R. Bolzano, (Trentino-Alto Adige), sez. I, 5 aprile 2016, n.122, in *Foro amm.*, 2016, 4, 966. Rispetto alla bocciatura illegittima in sede di concorso pubblico si v., invece, tra le altre, Cons. Stato sez. V, 30 aprile 2003, n. 2245, in *DeG - Dir. e giust.*, 2003, 21, 7.

[xv] Cfr. T.A.R. Puglia, sez. III, 3 ottobre 2022, n. 1295, in www.giustizia-amministrativa.it.

[xvi] Si v. sul punto G. Lo Presti, *L'elemento soggettivo nel nascente modello di responsabilità provvedimento della pubblica amministrazione*, in *I tribunali amministrativi regionali*, 2002, 28, 2, 93-106; C. Papetti, *La colpa della pubblica amministrazione in relazione alla natura della responsabilità civile da attività provvedimento illegittima* (Nota a Tar Sardegna, 14 marzo 2005 n.328), in *Foro amm. TAR*, 2005, 4, 1298-1311.

In tema di elemento soggettivo, rispetto all'ipotesi di richiesta di risarcimento dei danni asseritamente sofferti in conseguenza dell'illegittima bocciatura, si v., tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2020, n. 1549, in www.giustizia-amministrativa.it.

[xvii] Così T.A.R. Toscana – Firenze, sez. I, 24 novembre 2011, n. 1807, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Tale caso concreto vedeva lo studente bocciato in sede di maturità presentare ricorso avanti al giudice amministrativo contro il Ministero dell'Istruzione Università e Ricerca e il Liceo artistico frequentato al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti a seguito del comportamento illegittimo dell'amministrazione (nel caso di specie in ragione della violazione di atti ministeriali e, in particolare, della disposizione per cui il colloquio finale d'esame debba riguardare tutte le materie dell'ultimo anno, mentre lo studente era stato interrogato soltanto su tre materie) e, in particolare, il danno patrimoniale subito a causa del giudizio negativo riportato in sede di esame di maturità annullato mediante la sentenza dello stesso T.A.R. Toscana n. 394/2006, nonché un'ulteriore somma, da determinarsi in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., a titolo di danno non patrimoniale subito in conseguenza dell'illegittimo giudizio.

[xviii] Così anche Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, cit.

[xix] V., in particolare, in tal senso, Cons. Stato, Ad. plen., 3 dicembre 2008, n. 13, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 4, 871, con nota di Rega e, da ultimo, Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, cit. Sempre sull'argomento e, in senso conforme, Cons. Stato, sez. IV, 24 dicembre 2008, n. 6538, in *Foro amm. CDS* 2009, 1, 146.

In dottrina, si v. M. Trimarchi, *Responsabilità della P.A. per lesione di interessi «pretensivi» e vizi formali*, cit.

[xx] Si v., in questo senso, in relazione alla necessità di condurre un giudizio prognostico positivo “ora per allora”, la menzionata pronuncia T.A.R. Toscana – Firenze n. 1807/2011. Nella sentenza si chiarisce in particolare, rispetto al nesso di causalità, come lo studente poi bocciato in sede di esame di maturità sia stato interrogato nell'esame finale solo su 3 delle 16 materie contemplate nel programma dell'ultimo anno di corso, cosicché «se fosse stato sentito su tutte le materie, avrebbe potuto riportare un esito positivo dell'esame».

[xxi] Nel caso di specie, come sopra accennato, la questione controversa e rimessa dal Consiglio di giustizia amministrativa alla Adunanza plenaria (Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, cit.), atteneva al rapporto di causalità giuridica tra evento lesivo e danno-conseguenza. La questione si sostanziava più precisamente nella possibilità di imputare alla Regione siciliana il mancato accesso al regime tariffario incentivante previsto per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, a causa del sopravvenuto divieto di cui all'art. 65 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1.

[xxii] In tal senso, tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2012, n. 2138, in *Foro amm. CDS*, 2012, 4, 985 e in *Danno e resp.*, 8-9, 2012, 858 e ss. In particolare, tale pronuncia ha origine dalla domanda giudiziale finalizzata al risarcimento dei danni direttamente conseguenti all'atto illegittimo di non ammissione dello studente alla classe successiva, annullato dalla prima sentenza del Tribunale amministrativo. Nella sentenza, tuttavia, si precisa come riguardo a tale oggetto del giudizio, non possa trovare accoglimento l'istanza risarcitoria avanzata dall'interessato sotto diversi profili, sia di danno emergente che di perdita di *chance*. Nell'ambito della pronuncia, precisato come vadano preliminarmente accertati l'esistenza stessa del danno subito dall'interessato ed il nesso di causalità fra tale danno e l'atto ritenuto illegittimo dell'Amministrazione, si giunge alla conclusione per cui i predetti elementi non appaiono ravvisabili nel caso di specie. Rispetto al nesso di causalità, in particolare, i giudici aderiscono all'orientamento – come accennato minoritario – per cui il nesso di causalità fra l'illegittimità dell'atto lesivo e il danno lamentato, si ritiene normalmente escluso dalla giurisprudenza quando, a seguito dell'annullamento di un atto in sede giurisdizionale, «permanga per l'Amministrazione pubblica un ambito di apprezzamento discrezionale, in ordine al soddisfacimento dell'interesse pretensivo, e resti impregiudicata la possibilità di una legittima diversa determinazione».

In senso conforme rispetto a tale orientamento possono essere menzionate, fra le altre, Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4868, in *Foro amm. CDS*, 2008, 10, 2717, Id., sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854, in *Foro amm. CDS*, 2011, 2, 447; Id., sez. IV, 12 maggio 2009, n. 2894, in *Foro amm. CDS*, 2009, 5, 1247; Id., sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751, in *Foro it.* 2009, 3, III, 140 e Id., sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 723, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1, 279.

[xxiii] In tal senso cfr., tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038, in *Foro amm. CDS*, 2010, 2, 390 e Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2010, n. 6797, in *Foro amm. CDS*, 2010, 9, 1868, laddove si è precisato che il risarcimento del danno conseguente a lesione di interesse legittimo pretensivo risulta essere subordinato, pur in presenza di tutti i requisiti tipici dell'illecito aquiliano (e così condotta dell'amministrazione, colpa, nesso di causalità ed evento dannoso), alla «dimostrazione, secondo un giudizio di prognosi formulato *ex ante*, che l'aspirazione al provvedimento fosse destinata nel caso di specie ad esito favorevole, quindi alla dimostrazione, ancorché fondata con il ricorso a presunzioni, della spettanza definitiva del bene collegato a tale interesse. Siffatto giudizio prognostico non può, tuttavia, essere consentito allorché detta spettanza sia caratterizzata da consistenti margini di aleatorietà».

[xxiv] V. in merito M. Niro, *Sul risarcimento dei danni derivanti da illegittima bocciatura scolastica: un recente caso giurisprudenziale - TAR Liguria 5.10.2022, n. 834*, in *Persona e Danno*, 14 novembre 2022. Di diverso avviso, in dottrina, R. Foffa, *Il danno da bocciatura*, in *Danno e resp.*, 8-9, 2012, 861-865.

[xxv] Così Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2012, n. 2138, cit.

[xxvi] Sull'argomento è la stessa sentenza in commento che menziona il precedente di Cass. civ., sez. III, 20 febbraio 2007, n. 3949, relativa al caso di uno studente vittima di un incidente stradale, il quale a causa delle lesioni riportate, non aveva potuto seguire le lezioni e, conseguente, era stato bocciato.

[xxvii] Così il punto 2 della motivazione della pronuncia in esame.

[xxviii] Sull'argomento si v. la recentissima pronuncia della Suprema Corte, Cass. civ., sez. lav., ord. 2 dicembre 2022, n. 35499, nell'ambito della quale, a fronte del ricorso presentato da una lavoratrice che prestava servizio sulla Costa Concordia, la Corte si sofferma sulla qualificazione del "patema d'animo" causato dal naufragio quale danno non patrimoniale. In particolare, si pone in evidenza rispetto al danno non patrimoniale che *«le Sezioni Unite di questa Corte, con le sentenze nn. 26972 e 26975 dell'11.11.2008, hanno posto in rilievo il carattere unitario del danno non patrimoniale, quale categoria giuridica distinta da quella del danno patrimoniale, incasellando in essa, al fine di evitare duplicazioni risarcitorie, tutte le diverse "voci" elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza (danno estetico, danno esistenziale, danno alla vita di relazione, ecc.) che non richiedono uno specifico ed autonomo statuto risarcitorio (inteso come metodologia dei criteri liquidatori per equivalente), ma possono venire in considerazione solo in sede di adeguamento del risarcimento al caso specifico, attraverso il meccanismo della cd. personalizzazione»*. Nella stessa recente pronuncia con specifico riferimento al danno morale soggettivo – oggetto della sentenza in commento – si rammenta invece che lo stesso, quale *«voce di pregiudizio non patrimoniale, ricollegabile alla violazione di un interesse costituzionalmente tutelato, ontologicamente distinta dal danno biologico e dal danno nei suoi aspetti dinamico relazionali»*, vada conseguentemente risarcito autonomamente, ove provato, senza che ciò comporti alcuna duplicazione. Tale orientamento ha, infatti, escluso che rappresenti una duplicazione la congiunta attribuzione del "danno biologico" e di una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado di percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione). Nello stesso senso si v., *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2018, n. 901, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 3, 863; Id., 27 marzo 2018, n. 7513, in *Foro it.*, 2018, 6, I, 2038, con nota di Palmieri; Id., 28 settembre 2018, n. 23469, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 2, 503.

[xxix] Si v. in merito, a titolo esemplificativo, quanto previsto nella citata sentenza del T.A.R. Toscana – Firenze, sez. I, 24 novembre 2011, n. 1807 citata, resa a proposito di un analogo caso e nell'ambito della quale, sul punto, si è chiarito che non merita accoglimento la domanda risarcitoria con riferimento al danno non patrimoniale, posto che i profili relativi a quest'ultimo *«sono stati richiesti in termini assolutamente generici, nella sostanza rimettendo tutto, anche la loro esatta configurazione, alla valutazione equitativa del giudice»*.

[xxx] Sul punto, *ex multis*, si v., tra le più recenti pronunce citate dalla stessa sentenza in commento, Cass. civ., sez. II, 16 marzo 2022, n. 1908, in *dejure.it*. In particolare nell'ambito di quest'ultima recente pronuncia, nel dettaglio, a proposito del danno morale, si chiarisce come l'immaterialità del danno di cui trattasi e l'assenza di una base organica del medesimo sfuggono ad un accertamento fondato sugli ordinari canoni probatori, di fatto imponendo il ricorso al ragionamento logico-inferenziale fondato sulle massime di esperienza, che possono da sole essere sufficienti a fondare la determinazione dell'organo giudicante. Ne consegue che, a parere dell'organo giudicante, appare un *«corretto criterio logico-presuntivo funzionale all'accertamento del danno morale quello fondato sulla massima di esperienza della corrispondenza, secondo proporzionalità diretta, della gravità della lesione rispetto all'insorgere di una sofferenza soggettiva»*.

[xxxi] Sulla autonomia del danno morale rispetto alle differenti tipologie di danno non patrimoniale e in particolare rispetto al danno biologico, si v. quanto affermato dalla più recente giurisprudenza, anche in contrasto rispetto a quanto affermato nelle storiche sentenze "di San Martino" del novembre 2008, Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 38, con nota di Monateri. La storica sentenza in oggetto, peraltro, ha esplicitato come riguardo ai danni non patrimoniali diversi rispetto al danno biologico, dunque anche con riferimento al danno morale, possa farsi ricorso alla prova testimoniale, documentale e presuntiva. Così, tra le altre, Cass. civ., sez. III, 10 novembre 2020, n. 25164, in *Foro it.*, 2021, 1, I, 149; Cass. civ., sez. II, 16 marzo 2022, n. 1908, cit.

[xxxii] Per una recente analisi circa tale posta risarcitoria si v. P.G. Monateri, *Il 'quantum' del danno morale e il futuro del danno non patrimoniale a persona*, in *Danno e resp.*, 2021, 26, 5, 621 ss.

[xxxiii] Tale principio è affermato sin dalla menzionata Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2760– 3 maggio 2023

A ciascuno il suo: le Sezioni Unite della Corte di Cassazione intervengono sulla portata del principio del “chi inquina paga” e sul sistema distributivo delle responsabilità ambientali (nota a Cass., S.U., 1 febbraio 2023, n. 3077)

di Roberto Leonardi

Sommario: 1. Il fatto. - 2. La responsabilità in tema di bonifiche di siti inquinati. - 3. La creazione giurisprudenziale di un ossimoro: la responsabilità del proprietario incolpevole. - 4. Le ordinanze dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e il rinvio alla Corte di Giustizia UE. - 5. La sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. III, n. 534/13. Considerazioni conclusive.

1. Il fatto.

Le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione si sono pronunciate su una questione già ampiamente nota nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale del diritto ambientale in tema di distribuzione delle responsabilità ambientali in caso di danno ambientale.

La Società ricorrente aveva costruito nel 2001, con gestione fino al 2003, una discarica per lo smaltimento di rifiuti solidi urbani (RSU) presso una cava, utilizzata come sito di stoccaggio dei rifiuti raccolti. A seguito di accertamenti condotti da ARPA per l’ispezione dello stato della falda acquifera, era emerso il superamento dei valori-limite di plurime sostanze contaminanti e, quindi, il superamento delle concentrazioni soglia di contaminazione (CSC). Di conseguenza, il Ministero dell’Ambiente aveva ingiunto alla Società l’attivazione di interventi di messa in sicurezza d’emergenza (m.i.s.e.) delle falde acquifere contaminate, unitamente all’adozione di misure di prevenzione e di bonifica dei suoli e della falda, a pena

di interventi sostitutivi, ai sensi del d.lgs. n. 152/2006, il cd. Codice dell'Ambiente, con iscrizione di onere reale sull'immobile e accertamento di danno ambientale.

Tali provvedimenti erano stati impugnati dalla Società ricorrente, prima avanti al TAR e, successivamente innanzi al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche (TSAP), contestando la violazione di plurime disposizioni del Codice dell'ambiente e, soprattutto, censurando l'estraneità del titolo ad ottemperare (posto che la Società non si riteneva responsabile del danno ambientale), nonché l'omessa dovuta identificazione del responsabile della contaminazione e l'estraneità ad ogni responsabilità, dovendo gli eventi ricondursi a fenomeni d'inquinamento non repentini, ma diffusi in zona.

Il TSAP, pur condividendo le conclusioni cui era giunto il TAR in merito ad un'assenza di dimostrazione che il processo d'inquinamento dei terreni fosse iniziato con l'insediamento della Società ricorrente, concludeva che l'onere di adottare le misure di messa in sicurezza di emergenza (m.i.s.e.) gravasse anche sul proprietario o sul detentore qualificato di un sito, nel contesto di prevenzione e di riparazione del danno ambientale, prescindendo dall'accertamento del dolo o della colpa. Al riguardo veniva, come già in passato, sottolineato il principio del *"chi inquina paga"* del diritto UE, in base al quale è sufficiente la materiale causazione del danno o del pericolo ambientale, proponendo e sostenendo una responsabilità oggettiva ambientale, pur se non di posizione).

Avverso la predetta sentenza la Società proponeva ricorso in Cassazione. La questione devoluta all'esame delle Sezioni Unite involge *"la contestazione nella vicenda del principio 'chi inquina paga' di cui alla Direttiva 2004/35/CE e comunque di ogni responsabilità ambientale, anche a titolo oggettivo o prescindendo da una condotta causativa del danno, in capo al proprietario/gestore richiesto di provvedere alla messa in sicurezza di emergenza, in difetto della individuazione del responsabile della potenziale contaminazione"*.

Con i primi due motivi di ricorso, ritenuti fondati dalla Suprema Corte, la Società ricorrente contestava l'applicazione alla vicenda del principio del *"chi inquina paga"* (in base al quale sul proprietario/gestore grava comunque ogni responsabilità di provvedere alla messa in sicurezza di emergenza: m.i.s.e.) e l'erronea mancata individuazione del responsabile della potenziale contaminazione.

Decisiva, secondo il Collegio, è risultata la constatazione secondo cui, nel caso in esame, risultava pacifico che in capo alla Società non fosse intervenuta la dimostrazione, ad opera delle competenti Amministrazioni, di alcuna correlazione causale tra l'attività svolta *in situ* e, per via di percolazione dei rifiuti trattati, la contaminazione del sottosuolo e della falda acquifera.

A partire da tale accertamento, la Suprema Corte rileva, pertanto, che il titolo che ha giustificato per il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche la legittimità delle prescrizioni adottate dalla P.A., *"pur nel formale distanziamento dalla responsabilità da posizione"*, è consistito in una peculiare relazione della Società ricorrente con il sito (la proprietà o la detenzione qualificata) secondo il criterio di responsabilità oggettiva ritenuto conforme alla Direttiva 2004/35/CE.

In maniera incisiva, le Sezioni Unite contestano tale conclusione, ritenuta non condivisibile avendo riguardo alle acquisizioni prodotte dal dialogo tra giurisprudenza nazionale,

amministrativa ed europea in relazione al principio “*chi inquina paga*”, di cui si darà conto nel proseguo per completezza d’analisi sistematica della vicenda.

Fondamentale nell’impianto motivazionale della pronuncia in esame risulta, invero, l’analisi della disciplina multilivello in tema di prevenzione e di riparazione del danno ambientale, all’interno della quale si colloca il principio del “*chi inquina paga*” (artt. 1 e 7 Allegato II della Direttiva 2004/35/CE ed art. 191 TFUE).

In base a tale principio “*l’operatore la cui attività ha causato un danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno sarà considerato finanziariamente responsabile in modo da indurre gli operatori ad adottare misure e a sviluppare pratiche atte a ridurre al minimo i rischi di danno ambientale*” (considerato 2 della Direttiva 2004/35/CE).

La *ratio* del principio “*chi inquina paga*”, come rilevato nell’analisi economica di tale sistema, viene dunque individuata nel fatto che “*imporre al soggetto inquinatore l’obbligo di riparare il danno o, in alternativa, quello di tenere indenne la comunità territoriale che l’abbia evitato o rimosso, significa pertanto addossare (...) le esternalità negative (conseguenti alla produzione o al commercio di beni e servizi) a carico del soggetto cui sia riferibile l’attività, evitando alterazioni di mercato (per qualità dei prodotti e livelli di concorrenza), senza oneri per la collettività ovvero costi assunti in via definitiva dall’ente pubblico; viene così scongiurato ogni scenario di alternativa monetizzazione dell’inquinamento, disincentivato dallo scaricarsi sui soli prezzi, senza altri interventi ed invece declinandosi il principio riassuntivo ‘chi inquina paga’ nella riparazione più diretta del danno ambientale (nei contesti di acque, terreno e biodiversità, i soli dell’art.2 Direttiva), ad opera dell’autore (operatore in attività classificata pericolosa o terzo imputabile ad altro titolo) o, in sua vece e con recupero dei costi, a cura dell’ente pubblico*”.

Se, dunque, appare chiara la definizione e la portata del principio in esame, molto più controverso appare il criterio di imputazione della responsabilità per danno ambientale, essendo in dubbio se occorra valorizzare un modello di responsabilità di tipo oggettivo (quantunque la più efficace a tutela dell’ambiente) o se, diversamente, debba prevalere un criterio di imputazione soggettiva di tipo psicologico della relativa condotta. Obiettivo dell’indagine condotta nella sentenza in commento è, dunque, comprendere se l’interpretazione dell’intero assetto normativo italiano, conseguente alla progressiva armonizzazione con la Direttiva 2004/35/CE, sia di per sé idonea a giustificare una responsabilità oggettiva del proprietario in quanto tale.

Secondo quanto affermato dalle Sezioni Unite, dalla lettura sistematica e integrata delle disposizioni del d.lgs. n. 152/2006) e della Direttiva Europea 2004/35/CE non è possibile rinvenire alcun obbligo diretto ed esplicito del proprietario, ove non sia autore della condotta contaminante, ad adottare interventi di messa in sicurezza di emergenza. Particolarmente rilevante, a questo proposito, deve ritenersi il disposto di cui all’art. 311 del d.lgs. n. 152/2006, che fissa la responsabilità oggettiva di chi gestisce specifiche attività professionali elencate e quella soggettiva (per dolo o colpa) in capo “*a chiunque altro cagioni un danno ambientale*”. Inoltre, al ricorrere di specifici presupposti, l’art. 308 esclude, a carico dello stesso operatore esercente un’attività professionale di rilevanza ambientale, i costi delle azioni di precauzione, prevenzione e di ripristino qualora esso dimostri che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo o nelle ipotesi di cd. inquinamento diffuso.

L’azione di risarcimento del danno ambientale, inteso come bene pubblico di carattere unitario, costituente autonomo diritto fondamentale di rilievo costituzionale, oggetto di

tutela da parte del Giudice Ordinario, diviene così un'azione di reintegrazione in forma specifica, di competenza esclusiva del Ministero dell'Ambiente.

Da un'attenta analisi del quadro normativo e della giurisprudenza europea e nazionale, la Suprema Corte giunge dunque alla conclusione secondo cui *“va esclusa una indicazione comunitaria alla riparazione del danno (...) a carico di chi non abbia svolto l'attività professionale di operatore, bensì venga chiamato a rispondervi nella veste di titolare di diritti dominicali o addirittura, come nel caso, con nesso eziologico escluso dallo stesso giudice dell'accertata condotta, non potendo la mera enunciazione di indizi di posizione, per un'attività non classificata dallo stesso d.lgs. n. 152 del 2006 a rischio d'inquinamento, sostituire di per sé la prova del predetto necessario nesso causale”* (par. 16 della Sentenza).

All'interno dell'analisi, in chiave sistematica, della responsabilità per danno ambientale offerta dalle Sezioni Unite, centrale rilevanza assume la distinzione tra i doveri incombenti sul proprietario incolpevole dell'inquinamento ed il responsabile dell'inquinamento.

Gli effetti a carico del proprietario incolpevole restano limitati a quanto previsto dall'art. 253 del Codice dell'Ambiente in tema di oneri reali e privilegi speciali immobiliari. Il proprietario, in tale quadro, è tenuto soltanto ad adottare le misure di prevenzione idonee a contrastare un evento che abbia creato una minaccia imminente per la salute o per l'ambiente, intesa come rischio sufficientemente probabile, secondo il canone causale civilistico, di verificazione di un danno sanitario o ambientale, al fine di impedire o minimizzare tale minaccia. In tale logica, *“le norme contemplanti il proprietario (artt. 245 e 244 cod. amb.) dovrebbero essere rilette come un coinvolgimento per un verso doveroso (...) per l'attuazione, senza distinzione, di tutte le misure di prevenzione (...) e, per altro verso, pienamente partecipativo dell'iter procedimentale preventivo”* (par. 25 della sentenza).

Dalla figura del proprietario incolpevole deve essere tenuta nettamente distinta la figura del responsabile dell'inquinamento, obbligato in modo più stringente e sempre, ai sensi dell'art. 242 del d.lgs. n. 152/2006, già nelle prime 24 ore, ad adottare le misure necessarie di prevenzione, le misure di messa in sicurezza di emergenza (m.i.s.e.) e di bonifica del sito inquinato. L'Amministrazione, dunque, non può imporre al proprietario di un'area inquinata, che non sia anche l'autore dell'inquinamento, l'obbligo di realizzare le misure di messa in sicurezza di emergenza e di bonifica, in quanto gli effetti a carico del proprietario incolpevole restano limitati alle previsioni di cui all'art. 253, in tema di oneri reali e privilegio speciale immobiliare, oltre che all'adozione delle sole necessarie misure di prevenzione.

Infine, anche alla luce degli artt. 9 e 41 della Cost., modificati con l. cost. n. 1/2022 viene considerato non irragionevole il sistema distributivo della responsabilità ambientale tuttora vigente, imperniato proprio sul perseguimento della riparazione e fino alla estrema attuazione dell'intervento pubblico sostitutivo rispetto all'inerzia o alla non individuazione del responsabile.

Sotto il profilo civilistico, l'inapplicabilità degli artt. 2050 c.c. *“Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose”* e 2051 c.c. *“Danno cagionato da cose in custodia”* discende direttamente dalla natura interamente speciale propria del Codice dell'Ambiente; a seguito dell'introduzione della Direttiva 2004/35/CE, come chiarito dalle Sezioni Unite, si è di fronte ad un corpo normativo appositamente dedicato alla tutela dell'illecito ecologico slegato dal sistema regolativo dell'illecito civile ordinario di cui agli artt. 2043 e ss. c.c..

2. La responsabilità in tema di bonifiche di siti inquinati.

La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione può ritenersi certamente apprezzabile nella misura in cui, valorizzando una lettura sistematica ed integrata della normativa europea e nazionale, nonché gli apporti della giurisprudenza civile, amministrativa ed europea, afferma che il criterio di imputazione della responsabilità per danno ambientale, secondo il principio “*chi inquina paga*”, non può prescindere dall’accertamento del nesso causale tra l’attività posta in essere dall’operatore e l’inquinamento, nonché dall’accertamento del necessario elemento psicologico (colpa o dolo del responsabile dell’inquinamento). Data la rilevanza e l’attualità del tema, pare opportuno collocare tale sentenza in un più ampio dibattito che ha visto protagonisti da tempo giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2019), giudice europeo e dottrina.

Dall’analisi del Titolo V (*Bonifica dei siti inquinati*), artt. 239-253 del d.lgs. n. 152/2006, il cd. Codice dell’ambiente, emerge come il legislatore abbia scelto di porre l’onere della bonifica di un sito inquinato^[1] in capo a colui che sia stato individuato come responsabile di tale evento, e questo evidentemente rappresenta una delle più importanti e immediate applicazioni, a livello di normativa statale, del principio comunitario “*chi inquina paga*”^[2], oggi trasfuso all’art. 3 *ter* del Codice.

Tuttavia, se il quadro legislativo pare chiaro ad una prima lettura, si è posto soprattutto a livello giurisprudenziale un profilo di criticità che merita di essere analizzato, ossia quello relativo alla natura della responsabilità che viene attribuita al soggetto autore dell’inquinamento. Infatti, in relazione a tale responsabilità sono emersi diversi orientamenti giurisprudenziali, i quali negli ultimi anni e fino alle recenti pronunce dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2013 e alla sentenza della Corte di Giustizia del 2015 di cui si dirà, hanno alimentato il dibattito sul rilievo da attribuire all’elemento soggettivo della colpa.

Si è così affermato un primo orientamento a sostegno della tesi secondo la quale il responsabile dell’inquinamento deve realizzare gli interventi di bonifica solo sulla base di una responsabilità di tipo oggettivo. Pertanto, l’obbligo di bonifica spetta al soggetto a prescindere dalla sua colpevolezza e solo sulla base dell’esistenza del nesso causale tra condotta, commissiva ovvero omissiva, e il danno perché vi sia il dovere di riparare, senza la necessità dei profili soggettivi.

Questa posizione si è presentata in continuità con la disciplina dell’ormai abrogato d.lgs. n. 22/1997^[3] e del successivo D.M. n. 471/1999^[4], ai sensi del quale l’imputazione della responsabilità avveniva con l’accertamento del nesso esistente tra la situazione di pericolosità e il verificarsi dell’evento e l’attività posta dal responsabile, senza dover dimostrare l’elemento soggettivo del comportamento del soggetto in questione. In definitiva, una volta verificatosi il danno, l’ente competente diffidava il responsabile affinché attuasce a proprie spese le necessarie misure di prevenzione, di messa in sicurezza e di bonifica del sito inquinato^[5].

In seguito, parte della giurisprudenza si è pronunciata a favore di questa tesi nei confronti della quale sono state avanzate due argomentazioni^[6].

La prima trova le proprie radici nell’esigenza di oggettivizzazione della tutela ambientale.

In altri termini, la necessità di individuare un nesso soggettivo tra un fatto e un evento avrebbe potuto rendere più difficile l'individuazione del responsabile della contaminazione, con l'immediata conseguenza di dover fare ricadere sull'amministrazione e, quindi sulla collettività^[7], troppi casi di ripristino ambientale. Quindi, sostenendo la teoria della responsabilità oggettiva e ipotizzando una responsabilità "*da posizione*"^[8], svincolata da profili soggettivi, l'operatore sarebbe stato incentivato a valutare e a prevedere gli effetti negativi del proprio operato nei confronti dell'ambiente^[9], rispetto alla situazione in cui sarebbe tenuto a rispondere solo in caso di accertamento della colpa.

La seconda argomentazione a favore di una responsabilità oggettiva si basa sulla circostanza secondo la quale nel nostro ordinamento l'accidentalità di un evento è sostenuta dal legislatore per le procedure semplificate per la bonifica di aree di dimensioni ridotte^[10]. Si potrebbe così ritenere che tale requisito, oltre a trovare applicazione in tali procedimenti, rappresenti un presupposto generale da applicare alla disciplina delle bonifiche^[11].

Sebbene la tesi della responsabilità oggettiva sia stata ampiamente sostenuta, ha trovato un maggiore sostegno quell'orientamento giurisprudenziale, sia del giudice amministrativo, sia del giudice comunitario^[12], che ha argomentato a favore di un criterio soggettivo di imputazione della responsabilità e questo soprattutto dopo l'entrata in vigore del Codice, nel quale, come si diceva, non si trova alcun riferimento alla responsabilità derivante dall'accidentalità della condotta di un soggetto^[13]. Pertanto, secondo la tesi della responsabilità soggettiva, per essere il destinatario di un'ordinanza di bonifica sono sempre necessari un'adeguata istruttoria al fine di accertare in concreto la responsabilità della contaminazione^[14], gli elementi soggettivi della colpa o del dolo, oltre al nesso di causalità, il quale se considerato da solo risulterebbe insufficiente per poter giustificare l'attribuzione in capo al soggetto responsabile dell'inquinamento degli oneri di bonifica, in un'ottica in cui il criterio di imputazione della responsabilità è quello della colpa. Questa previsione del Codice trova il proprio fondamento nel principio comunitario "*chi inquina paga*", oltre che nell'art. 2043 c.c. in tema di responsabilità extracontrattuale soggettiva, attraverso una lettura combinata degli artt. 242 e 311 del Codice^[15].

Infatti, l'art. 311 del Codice^[16] disciplina l'azione risarcitoria per danno ambientale, la quale prevede una responsabilità di tipo soggettivo e quindi la definizione della colpa. Pare, dunque, difficile immaginare un profilo oggettivo della responsabilità di colui che provochi un inquinamento ambientale, con la conseguenza che sia obbligato ad un intervento di bonifica.

In entrambi i casi si è in presenza di un danno ambientale da cui consegue l'applicazione dell'art. 311 del Codice. Tale lettura determina la necessità di accertare una responsabilità di tipo soggettivo dell'autore dell'inquinamento^[17]. La giurisprudenza maggioritaria ha sostenuto questa argomentazione interpretativa da considerarsi oggi in buona parte pacifica. Tuttavia, il tema della natura della responsabilità di cui si tratta appare più complessa di quanto possa far pensare la presenza nel nostro ordinamento di diversi filoni giurisprudenziali, soprattutto se si esaminano le disposizioni contenute nella direttiva 35/2004/CE sulla responsabilità in materia di prevenzione e di riparazione del danno ambientale^[18].

Le maggiori problematiche derivano dalla circostanza secondo la quale la direttiva citata prevede un regime differenziato di responsabilità per i danni ambientali, sulla base della pericolosità o meno dell'attività professionale dell'operatore.

Innanzitutto viene menzionato il danno causato da quelle attività che, contenute nell'Allegato III[19], ai sensi del *considerando*8 della direttiva[20] “*presentano un rischio per la salute umana e per l'ambiente*”. In tale caso, ai fini dell'imputazione del danno è necessaria e sufficiente la sola presenza del nesso di causalità tra condotta dell'operatore e danno ambientale, emergendo così una responsabilità di tipo oggettivo[21]. Di contro, è necessaria la presenza del dolo o della colpa, oltre al nesso di causalità, nel caso in cui si tratti di attività non contenuta nell'Allegato III, la quale, ai sensi del *considerando* 9[22], abbia causato un danno “*alle specie e agli habitat naturali protetti*”, prevedendo in questo caso una responsabilità di tipo soggettivo.

La direttiva citata ha avuto anche su tale questione l'avallo della Corte di Giustizia dell'UE, ad esempio con la sentenza 9 marzo 2008, in causa C-378/08[23], nella quale si evidenziano due profili specifici.

Il primo è inerente alla possibilità di presumere il nesso di causalità nell'imputazione della responsabilità in caso di danneggiamento ambientale[24]. La Corte, nel caso di un inquinamento diffuso come quello oggetto della causa, pur richiedendo la presenza del nesso di causalità, è consapevole della difficoltà per le autorità nazionali di individuarlo con esattezza, e di conseguenza lascia aperta la possibilità per gli Stati membri di presumere siffatto nesso tra l'inquinamento e le attività professionali svolte, seppur nel rispetto di determinate condizioni[25].

Il secondo profilo, invece, riguarda il duplice regime di imputazione della responsabilità in materia di danno ambientale a seconda delle attività professionali svolte dagli operatori[26].

Da quanto fin qui detto, appare chiaro come il quadro generale delineato in materia di responsabilità oggettiva e soggettiva definito a livello comunitario si differenzi in modo significativo dall'approccio al tema delineato sia dal legislatore nazionale, sia dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria[27], dalle quali emerge la necessità di una definizione della responsabilità soggettiva senza alternative o doppi regimi di responsabilità. Infatti, il legislatore nazionale, nel recepire la direttiva citata, si è in buona parte discostato dai criteri di imputazione previsti dalla fonte europea. Sia l'art. 311, sia l'art. 242 del Codice richiedono la necessità di accertare la responsabilità soggettiva, per dolo o per colpa di colui che abbia cagionato l'inquinamento. Tale quadro di mancata corrispondenza tra i due sistemi di responsabilità, proposti a livello europeo e nazionale, ha giustificato l'intervento della Commissione europea che ha più volte censurato le scelte del legislatore nazionale[28]. È solo il caso di ricordare come di recente, nel nostro ordinamento, siano state introdotte alcune innovazioni legislative per garantire un migliore recepimento della direttiva citata, e questo è avvenuto con la l. 6 agosto 2013, n. 97, la cd. Legge europea 2013[29]. Essa, all'art. 25, ha previsto, oltre al tradizionale criterio soggettivo, anche un criterio oggettivo per l'attribuzione della responsabilità[30], adeguando in questo modo il sistema nazionale a quello previsto a livello comunitario[31].

3. La creazione giurisprudenziale di un ossimoro: la responsabilità del proprietario incolpevole.

Quanto detto fin qui deve essere messo in relazione con un ulteriore profilo che riguarda i criteri attraverso i quali si dà luogo all'imputazione della responsabilità in materia di bonifica di suoli inquinati: è il caso della controversa posizione del proprietario o gestore di un'area inquinata, ma allo stesso tempo non responsabile del danno ambientale. Questo è il tema dell'attuale dibattito giurisprudenziale nazionale e ora anche europeo a seguito del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia operato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Innanzitutto si deve partire dall'art. 245, c. 1, del Codice, ai sensi del quale *“le procedure per gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale disciplinate dal presente titolo possono comunque essere attivate su iniziativa degli interessati non responsabili”*. Così disponendo il legislatore ha voluto coinvolgere nelle opere di bonifica, in questo caso in un'ottica di oggettivizzazione della tutela ambientale, soggetti diversi dall'effettivo responsabile dell'inquinamento, soggetti che possono essere individuati nel proprietario o nel gestore di un'area, ma potendo anche considerare tutti coloro che non siano responsabili dell'inquinamento, ma che possano avere interesse a verificare le condizioni del sito e quindi in seguito bonificarlo.

In sintesi, poiché siamo in presenza di soggetti che non sono gli autori materiali dell'inquinamento, essi avrebbero la facoltà, ma non l'obbligo di avviare un procedimento di bonifica. Tuttavia, emergono profili di criticità in riferimento al contenuto e ai limiti del livello di coinvolgimento che sono previsti nei confronti del proprietario dell'area in questione.

L'art. 245, c. 2, del Codice, afferma che *“fatti salvi gli obblighi del responsabile della potenziale contaminazione di cui all'art. 242, il proprietario o il gestore dell'area che rilevi il superamento o il pericolo concreto e attuale del superamento della concentrazione della soglia di contaminazione (CSC), deve darne comunicazione alla regione, alla provincia e al comune territorialmente competenti, e attuare le misure di prevenzione secondo la procedura di cui all'art. 242”*. Pertanto, in capo al proprietario incolpevole, secondo quanto disposto dall'articolo citato, graverebbe un vero e proprio obbligo d'inoltrare alle autorità competenti la prima comunicazione prevista nel procedimento di bonifica, seguito dalla necessità di adottare le misure di prevenzione. Tutto questo non è da considerare come una facoltà, ma come un vero e proprio obbligo previsto dal Codice, il quale, tuttavia, non ricomprende gli eventuali e ulteriori interventi di messa in sicurezza né di bonifica[32].

A seguito di tale comunicazione del proprietario non colpevole, la provincia dovrà attivarsi al fine di individuare il soggetto responsabile[33]. Ancora all'art. 245, c. 2, del Codice, si afferma che *“E' comunque riconosciuta al proprietario o ad altro soggetto interessato la facoltà di intervenire in qualunque momento volontariamente per la realizzazione degli interventi di bonifica necessari nell'ambito del sito in proprietà o disponibilità”*. Pertanto, il legislatore, dopo aver previsto un generale dovere di attuazione di misure di prevenzione, ha disposto una mera facoltà per le concrete opere di bonifica. Su quest'ultima previsione del Codice si è sviluppata una giurisprudenza non pacifica in tema di responsabilità del proprietario non colpevole dell'inquinamento, da cui in definitiva prendono le mosse le due ordinanze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato di cui si dirà.

La giurisprudenza maggioritaria nega che gli oneri del proprietario del suolo, privo di qualunque forma di responsabilità dell'inquinamento, possano essere paragonati a quelli che gravano sul soggetto responsabile dell'inquinamento. È soltanto quest'ultimo ad avere un obbligo di bonifica, di messa in sicurezza e di ripristino ambientale[34]. Al proprietario incolpevole dell'area, invece, non possono essere imposti tali oneri per il solo fatto di essere

proprietario del bene, escludendo anche la possibilità di richiamare l'istituto della responsabilità civile per le cose in custodia, *ex art.* 2051 c.c.[35]. Infatti, in capo ad esso, secondo l'interpretazione letterale del Codice, incombe solo la facoltà di eseguire gli interventi sopra citati[36] e una responsabilità diretta del proprietario dell'area potrebbe ipotizzarsi solo nel caso in cui venga accertato un suo coinvolgimento nella realizzazione dell'inquinamento, tornando nella definizione e individuazione di un elemento soggettivo della responsabilità.

Le argomentazioni avanzate dalla giurisprudenza maggioritaria per giustificare siffatta impostazione sono sostenute dal dettato normativo ed è quindi confermato dalla vigenza del criterio soggettivo di imputazione della responsabilità. Tuttavia, deve essere ricordato l'orientamento giurisprudenziale di minoranza, il quale argomenta a favore di una maggiore partecipazione del proprietario incolpevole nell'attività di bonifica.

In particolare, si ricorda la sentenza del TAR Lazio, Sez. I, 14 marzo 2011, n. 2263[37], nella quale viene riconosciuto un suo coinvolgimento nella procedura *de qua*, coinvolgimento che va oltre il rischio di subire le garanzie fino al valore del bene, qualora gli interventi siano stati effettuati dalla pubblica amministrazione[38]. È questa un'argomentazione criticata, la quale se considerata in riferimento alle conclusioni cui giunge il Tar Lazio, mal si concilia con il dato normativo[39]. Tuttavia, pare di poter affermare che le premesse da cui si muove il Tar Lazio appaiono condivisibili. È difficile poter obiettare alle argomentazioni iniziali della sentenza le quali appaiono conformi alla giurisprudenza di maggioranza, ma soprattutto con il quadro legislativo di riferimenti. Infatti, al punto 6 della sentenza citata viene stabilito che gli obblighi che gravano sul responsabile dell'inquinamento non coincidono con quelli che incombono sul proprietario e che è inoltre fatta ricadere sull'autore dell'inquinamento la responsabilità da illecito con i consequenziali obblighi di intervento, di bonifica e di ripristino[40]. Ancora viene affermato che il proprietario non responsabile non è immune da ogni coinvolgimento in siffatte procedure e questo è evidentemente riconducibile all'obbligo di realizzare misure di prevenzione, così come alla facoltà di intraprendere il procedimento di bonifica e ancora al fatto che su di esso, qualora il responsabile non sia individuato, gravano i costi connessi all'esistenza dell'onere reale[41]. Tutte queste sono da considerare argomentazioni introduttive in linea di massima accettate dalla giurisprudenza e soprattutto previste dalle norme vigenti.

Tuttavia, a partire dal capo 7 della sentenza si assiste ad un'argomentazione del TAR Lazio e ad una conclusione non più condivisibile. Infatti, sostenendo quella che viene chiamata *“responsabilità da posizione”* di tipo oggettivo del proprietario incolpevole, il giudice di primo grado afferma che *“il proprietario dell'immobile, pur incolpevole, non è immune da ogni coinvolgimento nella procedura relativa ai siti contaminati, essendo il soggetto al quale, pur senza una propria responsabilità, vengono poste a carico le obbligazioni conseguenti l'inquinamento (e ciò solo perché proprietario). Pertanto ben può lo stesso essere reso destinatario di un obbligo di attuare i necessari interventi, salva successiva rivalsa nei confronti del responsabile”*[42].

In sintesi, il TAR citato individua il proprietario incolpevole come il destinatario di un obbligo di dare attuazione agli interventi di bonifica in sostituzione del responsabile dell'inquinamento e questo alla luce delle obbligazioni risarcitorie che graverebbero sul proprietario dell'area in virtù dell'onere reale. In questo modo la titolarità delle obbligazioni risarcitorie realizzerebbe anche l'attribuzione, se pur provvisoria, delle obbligazioni ripristinatorie[43]. Probabilmente tale soluzione (mal) celerebbe l'esigenza di semplificazione

dell'intera procedura e forse ancor di più l'inadeguatezza, soprattutto economica, delle amministrazioni nell'attività di ripristino.

Una posizione in parte simile la si può trovare in una giurisprudenza in cui si è radicata l'idea che il proprietario incolpevole sia sempre obbligato ad intervenire nelle opere di bonifica^[44], e questo anche per la sola necessità di conclusione delle opere di bonifica, una volta avviato il relativo procedimento^[45]. Tuttavia, bisogna considerare che l'interpretazione del tema in questione contenuta nella sentenza del TAR Lazio citata, sotto diversi aspetti contrasta con il dato normativo, forzando soprattutto quanto statuito dagli artt. 244, c. 4, e 252, c. 5, del Codice, dai quali emerge chiaramente come sia esclusa l'obbligatorietà di eseguire direttamente la bonifica in capo al proprietario incolpevole^[46].

In sintesi, quindi, si possono avanzare alcune considerazioni di carattere generale sul tema *de quo*.

Innanzitutto, nel rispetto del principio comunitario, e quindi costituzionale ai sensi dell'art. 117, c. 1, Cost., del "*chi inquina paga*", dovrebbe essere sostenuto senza alcun dubbio interpretativo che le misure di bonifica ambientale siano a carico del soggetto direttamente responsabile dell'inquinamento. È, quindi, necessario che le amministrazioni, prima d'imporre tali misure di riparazione, verifichino chi sia il soggetto direttamente coinvolto e di conseguenza solo in capo a quest'ultimo dovrebbero essere posti gli oneri di bonifica. Il proprietario di un'area inquinata, ma non responsabile di avere cagionato tale contaminazione, non potrebbe/dovrebbe, solo perché proprietario, avere tale onere, ancor più se il soggetto in questione è un operatore economico per il quale l'onere di bonifica, soprattutto se ingente, avrebbe un impatto significativo sulla propria attività. Invece, nel caso in cui il responsabile dell'inquinamento ambientale non venga individuato o decida di non dare corso agli interventi di bonifica, le opere necessarie devono essere eseguite dalla pubblica amministrazione. Quest'ultima, tuttavia, una volta bonificata l'area, secondo le disposizioni del Codice, non può farsi carico delle spese sostenute e conseguentemente esse vengono a gravare sul responsabile o, nel caso in cui non provveda o non sia individuabile, sul proprietario dell'area. In questo secondo caso, dunque, egli è tenuto a sostenere siffatti costi in ragione dell'esistenza dell'onere reale presente sul sito e sul quale si tornerà in seguito^[47].

4. Le ordinanze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e il rinvio alla Corte di Giustizia UE.

La questione degli obblighi gravanti sul proprietario di un sito, non colpevole dell'inquinamento, è ormai da anni oggetto di un dibattito giurisprudenziale particolarmente inteso. La necessità di tutelare la posizione del soggetto in questione acquista un significato nella circostanza in cui l'autore del danneggiamento ambientale non sia individuabile e tale situazione ha reso necessario un intervento interpretativo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, così che si possa chiarire, in via definitiva, come il principio "*chi inquina paga*" si relazioni con la posizione giuridica del proprietario incolpevole^[48].

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è occupata più volte di tale questione e per il rilievo che ha assunto e soprattutto per il fatto che è stato richiesto in via pregiudiziale una pronuncia della Corte di Giustizia UE, esse meritano di essere brevemente esaminate.

Innanzitutto si segnala l'ordinanza del 25 settembre 2013, n. 21, resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato a seguito della remissione effettuata da quest'ultimo in Sez. VI nel maggio dello stesso anno[49]. Nell'ordinanza in questione il giudice d'appello si è espresso a favore della giurisprudenza maggioritaria sul tema, sostenendo che *“sulla base del quadro normativo nazionale vigente, l'Amministrazione non può imporre al proprietario di un'area inquinata, che non sia anche l'autore dell'inquinamento, l'obbligo di porre in essere le misure di messa in sicurezza di emergenza e di bonifica (...) in quanto gli effetti a carico del proprietario incolpevole restano limitati a quanto espressamente previsto dall'art. 253 in tema di onere reale e privilegio speciale immobiliare”*[50]. Di queste deve farsi carico l'Amministrazione[51]. Pertanto, l'Adunanza Plenaria nell'ordinanza citata conferma che il proprietario di un'area contaminata, non essendo obbligato ad attuare la bonifica e nemmeno le misure di messa in sicurezza d'emergenza, possa tuttavia decidere di porle in essere volontariamente. Inoltre, si osserva che *“è il responsabile dell'inquinamento il soggetto su cui gravano, ai sensi dell'art. 242 del d.lgs. n. 152/2006, gli obblighi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale, a seguito della constatazione di uno stato di contaminazione (...). Il proprietario non responsabile è gravato di una specifica obbligazione di fare, che riguarda però soltanto l'adozione delle misure di prevenzione di cui all'art. 242”*[52].

L'unico obbligo previsto in capo a questo soggetto è contenuto all'art. 245, c. 2, del Codice in cui si statuisce il dovere di attuare le misure di prevenzione al momento della scoperta di una contaminazione[53]. Il Consiglio di Stato, pur nella consapevolezza di aver sostenuto la posizione della giurisprudenza maggioritaria[54], ha comunque deciso di rinviare la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, per valutare in via pregiudiziale se l'impianto normativo in materia di bonifiche così interpretato sia in linea con quanto disposto a livello comunitario[55].

Le ragioni alla base di questa scelta sono sintetizzate nell'ordinanza stessa, là dove l'Adunanza plenaria espone i motivi che l'hanno indotta ad interrogarsi sull'interpretazione delle disposizioni del diritto dell'Unione. Sussistono dubbi di compatibilità essenzialmente tra il quadro legislativo nazionale e i principi di derivazione comunitaria, quali il principio del *“chi inquina paga”*[56], il principio di prevenzione e di precauzione[57], ed infine quello della correzione, in via prioritaria alla fonte[58]. Infatti, dalle norme nazionali si evince che il proprietario incolpevole assume una mera responsabilità patrimoniale, limitata al valore del sito a seguito degli interventi di bonifica, senza che venga disposto un obbligo di attuare le misure di riparazione, facendo gravare tali oneri sull'amministrazione[59]. Tuttavia, in merito a tali dubbi di compatibilità, l'Adunanza Plenaria, anche sulla base delle motivazioni prima citate, non pare avanzare un cambio di orientamento sul tema *de quo*[60]. Infatti, sostiene nuovamente la precedente linea interpretativa, considerando che l'assetto normativo nazionale e quello comunitario, in materia di responsabilità, non presentano particolari incompatibilità[61].

È opportuno ricordare, tuttavia, come il Consiglio di Stato si sia nuovamente trovato a dovere decidere sulla legittimità dell'ordine imposto al proprietario dell'area inquinata ad eseguire gli interventi di bonifica. Così, il giudice amministrativo, nel giugno del 2013, ha deciso di rimettere nuovamente la medesima questione[62] all'Adunanza Plenaria, la quale, a seguito di un'articolata e complessa analisi della problematica, ha emanato l'ordinanza del 13 novembre 2013, n. 25[63]. Trattandosi della medesima questione affrontata già in precedenza, anche in quest'ultimo provvedimento le argomentazioni dell'Adunanza Plenaria sono state le medesime. Innanzitutto, l'Adunanza Plenaria si è occupata di dirimere la questione se, in base al principio del *“chi inquina paga”*, l'amministrazione possa imporre al

proprietario di un'area inquinata, che non sia anche autore della contaminazione, l'obbligo di porre in essere misure di messa in sicurezza d'emergenza e di bonifica, ovvero, se in tali circostanze, i doveri previsti in capo a tale soggetto si limitino solo a ciò che è previsto dall'art. 253 del Codice in materia di onere reale e privilegio speciale[64].

Sul punto l'Adunanza plenaria ripercorre i due orientamenti emersi nel nostro ordinamento e individua le principali argomentazioni. Il primo di essi, di certo minoritario, è favorevole alla possibilità d'imporre l'esecuzione delle suddette misure[65], argomentando sulla valorizzazione del dato normativo sul coinvolgimento del proprietario nell'adozione delle misure di cui agli artt. 240 ss. del Codice, su una lettura dei principi comunitari di precauzione e dell'azione preventiva tale che le conseguenze dell'inquinamento non ricadano sulla collettività e ancora sulla sussistenza di precisi doveri di custodia a carico del proprietario dell'area indipendentemente dal suo coinvolgimento nella contaminazione[66].

Seguendo, invece, la possibile seconda interpretazione, è da escludere la possibilità di prevedere in capo ai proprietari incolpevoli dell'area inquinata obblighi di adozione delle misure di sicurezza e bonifica[67]. Si tratta, come si è già detto, della tesi accolta anche dall'Adunanza Plenaria, nel momento in cui afferma che *“da questo rapido excursus giurisprudenziale emerge, quindi, come l'orientamento interpretativo di gran lunga prevalente escluda la possibilità per la Pubblica Amministrazione nazionale d'imporre al proprietario non responsabile della contaminazione misure di messa in sicurezza d'emergenza o di bonifica del sito inquinato (...) e a tale indirizzo questa Adunanza plenaria ritiene di dover dare continuità, in quanto esso, alla luce delle considerazioni già svolte, esprime l'unica interpretazione compatibile con il tenore letterale delle disposizioni in esame”*[68].

L'argomentazione sul punto dell'Adunanza Plenaria è articolata e in sintesi si può affermare che: *“1) il proprietario, ai sensi dell'art. 245, c. 2, è tenuto soltanto ad adottare le misure di prevenzione di cui all'art. 240, c. 1, lett. 1); 2) gli interventi di riparazione, messa in sicurezza, bonifica e ripristino gravano esclusivamente sul responsabile della contaminazione, cioè sul soggetto al quale sia imputabile, almeno sotto il profilo oggettivo, l'inquinamento (art. 244, c. 2); 3) se il responsabile non sia individuabile o non provveda (e non provveda spontaneamente il proprietario del sito o altro soggetto interessato), gli interventi che risultassero necessari sono adottati dalla pubblica amministrazione competente (art. 244, c. 4); 4) le spese sostenute per effettuare tali interventi potranno essere recuperate, sulla base di un motivato provvedimento, agendo piuttosto in rivalsa verso il proprietario, che risponderà nei limiti del valore di mercato del sito a seguito dell'esecuzione degli interventi medesimi (art. 253, c. 4); 5) a garanzia di tale diritto di rivalsa, il sito è gravato di un onere reale e di un privilegio speciale immobiliare (art. 253, comma 2)”*[69].

Inoltre, l'Adunanza plenaria pone a fondamento della sua tesi anche una particolare argomentazione relativa alla natura e ai caratteri dell'onere reale, dalla quale emerge come nei confronti del proprietario incolpevole sia prevista la sola facoltà di intervenire nelle procedure di bonifica[70]. A questo punto l'Adunanza plenaria, come è accaduto nella precedente ordinanza n. 21/2013, affronta il problema della compatibilità tra il quadro legislativo nazionale e i principi dell'ordinamento comunitario. Quanto delineato dall'Adunanza plenaria del 2013 è tale per cui la collettività sia onerata di provvedere, attraverso l'intervento della pubblica amministrazione, all'esecuzione delle misure di bonifica. Si tratta di valutare la compatibilità tra i principi comunitari richiamati anche in precedenza, finalizzati alla promozione di un elevato livello di protezione ambientale e il quadro appena delineato[71]. Questo, infatti, esclude il coinvolgimento pieno del proprietario incolpevole, sul quale incombe solo l'obbligo di adottare le misure di prevenzione e assume una mera

responsabilità patrimoniale, limitata al valore del sito dopo gli interventi di bonifica, escludendo in questo modo l'obbligo di porre in essere misure di riparazione, mentre tali costi verrebbero a gravare sulla collettività in generale.

L'Adunanza Plenaria, pur ritenendo i due quadri normativi compatibili^[72], ha deciso ugualmente di richiedere l'intervento interpretativo della Corte di Giustizia^[73], soprattutto perché *“la questione pregiudiziale è certamente rilevante nel presente giudizio, in cui si discute proprio della legittimità dei provvedimenti con cui l'autorità amministrativa ha ordinato la messa in sicurezza d'emergenza e la presentazione di un progetto di variante di bonifica agli attuali proprietari dei siti inquinati, che risultano, pacificamente, non responsabili dell'inquinamento: la soluzione della questione pregiudiziale è, quindi, in grado di condizionare sensibilmente l'esito del giudizio”*^[74].

5. La sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. III, n. 534/13. Considerazioni conclusive.

Sulla conformità della normativa nazionale italiana che non prevede la possibilità per la pubblica amministrazione di imporre ai proprietari di terreni inquinati che non abbiano contribuito a tale inquinamento l'esecuzione di misure di prevenzione e di riparazione e che prevede soltanto l'obbligo di rimborsare gli interventi effettuati dall'amministrazione è intervenuta, infine, la Corte di Giustizia UE, Sez. III, 4 marzo 2015, in causa C-534/13^[75].

La Corte si è pronunciata a seguito operato dal rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato con l'ordinanza 8 luglio 2013^[76].

La Corte, in linea con quanto proposto dall'avvocato generale Juliane Kokott nelle sue conclusioni, dichiara che *“la direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, nell'ipotesi in cui sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito o ottenere da quest'ultimo le misure di riparazione, non consente all'autorità competente di imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione al proprietario di tale sito, non responsabile della contaminazione, il quale è tenuto soltanto al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi?”*.

Quindi, in sintesi, secondo quanto previsto dall'art. 242 del Codice, il soggetto obbligato in via principale, in applicazione del principio del *“chi inquina paga”*, è il responsabile dell'inquinamento, mentre ai sensi dell'art. 250 del Codice il soggetto obbligato in via secondaria è la pubblica amministrazione. Inoltre, in caso d'intervento d'ufficio, l'art. 253 del Codice consente alla pubblica amministrazione di rivalersi sul bene bonificato dei costi sostenuti per le operazioni di bonifica, anche se tale attività di rivalsa non solo non è automatica, in quanto subordinata a diversi adempimenti, ma non garantisce neppure l'effettivo e integrale ristoro dei costi sostenuti nel caso in cui l'area valga meno dei costi di bonifica.

La scelta del legislatore, avallata dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria e ora anche da quella europea, è in parte da condividere perché si ritiene che nel caso in cui il responsabile

dell'inquinamento di un sito non provveda alle operazioni di bonifica o non sia individuabile, e non provveda altresì in modo volontario il proprietario del sito contaminato né altro soggetto interessato, gli interventi dovranno essere predisposti dalla pubblica amministrazione. Ad esempio, attraverso un adeguato intervento del cd. Fondo di rotazione vincolato alle bonifiche di siti inquinati[77], le bonifiche dovrebbero essere effettuate non tanto dai comuni, anche per un profilo di adeguatezza[78], quanto piuttosto dal Ministero dell'Ambiente, il quale potrà avvalersi a tal fine dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), delle Agenzie regionali per la protezione dell'ambiente, delle regioni interessate e dell'Istituto superiore di sanità[79]. Difatti, si ritiene che il conto sociale della bonifica non possa ricadere sul proprietario incolpevole perché essere responsabile e allo stesso tempo incolpevole è una contraddizione in termini.

Si verifica, così, alla luce delle disposizioni del Codice, un arretramento delle regole della responsabilità e una non condivisibile funzionalizzazione della proprietà privata in chiave ripristinatoria.

La funzione sociale della proprietà, *ex art. 42 Cost.*, nella disciplina della bonifica dei siti inquinati, diventa il rimedio volto a garantire una effettiva tutela ambientale, giacché le regole della responsabilità non garantiscono l'individuazione dell'effettivo responsabile della contaminazione in base a parametri soggettivi. Invece, si ritiene che tale conto sociale debba ricadere sulla pubblica amministrazione, e quindi evidentemente sulla collettività, quanto meno sotto il profilo della *culpa in vigilando*, se di responsabilità oggettiva si deve parlare, considerando i poteri di controllo e di monitoraggio in possesso della pubblica amministrazione, in applicazione dei principi di prevenzione e di precauzione[80] e che evidentemente non sono stati adeguatamente esercitati se si è realizzato un inquinamento (si pensi agli artt. 28 e 29 del Codice, in tema di VIA, ovvero al ruolo dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale, art. 29 *decies* del Codice, in tema di AIA).

Allo stesso tempo suscita qualche perplessità la previsione del Codice di un'obbligazione gravante sulla *res*, il sito contaminato, (l'ordine di bonifica non è una misura sanzionatoria, ma è un atto ablativo) e che avrà come conseguenza che il proprietario incolpevole e subentrante, titolare del diritto reale sul bene immobile onerato, sarà destinatario di obblighi di dare e di *facere* connessi alla garanzia reale che grava sul fondo. Inoltre, la scelta del proprietario incolpevole di procedere alla bonifica del sito contaminato si configura spesso come una scelta obbligata (ulteriore contraddizione in termini) da preferire alle conseguenze dell'iscrizione dei vincoli che conseguiranno sul sito qualora l'amministrazione procedesse d'ufficio[81]. Da qui segue il profilo di criticità nei confronti dell'opportunità di addossare esclusivamente sul proprietario non responsabile i costi per la salvaguardia dell'interesse sociale alla tutela dell'ambiente, cui l'onere reale è preposto. Tale onere, così come proposto dal Codice fa sorgere dubbi di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 42 Cost., ma anche in relazione al principio comunitario del "*chi inquina paga*", il quale imporrebbe al soggetto che fa correre un rischio d'inquinamento di sostenere i costi della prevenzione e della riparazione, e, a danno avvenuto, si dovrebbero far ricadere i medesimi costi su chi avrebbe dovuto vigilare. Parte della dottrina, per superare tali dubbi, ha proposto d'inquadrare l'onere reale come un semplice contributo alla miglioria del sito contaminato, individuabile non tanto nel valore complessivamente del fondo, quanto unicamente nell'incremento di valore di quest'ultimo, direttamente connesso all'avvenuta bonifica. L'iscrizione dell'onere reale sul fondo del proprietario incolpevole varrebbe così a giustificarsi come un recupero dei costi d'intervento da parte della pubblica amministrazione, nell'alveo

di un'azione d'ingiustificato arricchimento promossa da quest'ultima nei confronti del proprietario del sito e non responsabile della contaminazione[82].

Tale ricostruzione se in parte cerca di superare i dubbi sulla natura giuridica dell'onere reale, allo stesso tempo pare non considerare una valutazione comparativa costi-benefici delle diverse soluzioni adottabili, a seguito di un'adeguata istruttoria[83], nonché la reale posizione del proprietario incolpevole, ovviamente privo di dolo o di colpa, e il danno che gli può derivare se obbligato a sopportare i costi della bonifica, soprattutto se si tratta di un operatore economico qualificato. Quest'ultimo avrà avuto innanzi tutto un danno economico perché di certo avrà acquistato il sito, poi scoperto inquinato, ad un prezzo di mercato probabilmente superiore al suo reale valore e, in secondo luogo, avrà un danno economico perché dovrà affrontare un costo di bonifica non preventivato con inevitabili ricadute sulla propria attività e con inevitabili conseguenze di tipo sociale e occupazionale. Si deve, infatti, sottolineare come il principio "*chi inquina paga*" opera innanzi tutto in una logica preventiva dei fatti dannosi e in secondo luogo in una logica risarcitoria *ex post factum*, in quanto viene imposto alle imprese l'obiettivo prioritario di internalizzare i costi di alterazione dell'ambiente attraverso l'incorporazione nei prezzi delle merci; tuttavia, tale operazione, di certo legata al rischio d'impresa[84] e in una logica di responsabilità sociale dell'impresa, deve essere ricondotta ad un'attività di impresa svolta da un operatore economico che si assume la responsabilità diretta del proprio agire, mentre il proprietario incolpevole non potrà mai rispondere per fatti altrui e quindi non potrà internalizzare nei prezzi delle proprie merci[85], da cui segue il danno economico, i costi per la bonifica di un inquinamento di cui non sia colpevole e di cui non abbia nemmeno la conoscenza. Si deve, quindi, attribuire una forma di responsabilità all'operatore economico, chiamato ad una "co-gestione" del rischio[86], ma attraverso obblighi precisi che incombono su chi svolge attività di impresa. Si parla, quindi, della necessità di valutazione e di minimizzazione del rischio, della conoscenza delle migliori tecnologie disponibili, della gestione delle nuove informazioni scientifiche, dell'adozione di misure precauzionali d'urgenza e della permanente interazione con l'amministrazione. Dalla violazione di tali obblighi di risultato, manifestazione dei principi giuridicamente vincolati come proporzionalità, buona fede e precauzione[87], deriverebbe una responsabilità penale, amministrativa e civile. Di certo si deve parlare di "co-gestione" del rischio tra chi svolge attività d'impresa, l'operatore economico, e chi deve controllarla, l'amministrazione, escludendo obblighi in capo ad un nuovo proprietario incolpevole, i cui obblighi di co-gestione varranno per il futuro.

Quindi, in definitiva, in mancanza dell'individuazione del responsabile dell'inquinamento, l'imposizione dei costi di bonifica alla pubblica amministrazione senza rivalsa sul proprietario incolpevole, rappresenta, a giudizio di chi scrive, il miglior bilanciamento dei valori sanciti dalla Costituzione[88]: la proprietà privata (art. 42 Cost.), la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), la salute umana (art. 32 Cost.) e la tutela dell'ambiente (art. 117 Cost.). Il bilanciamento trova il suo equilibrio nel rispetto della centralità della persona (art. 2 Cost.) che di volta in volta individua l'interesse prevalente e nel principio di legalità, ai sensi del quale, come sostenuto condivisibilmente in dottrina[89], non si può formulare un giudizio di preferibilità di valori che conduca a fare prevalere sulla tutela del patrimonio privato l'interesse pubblico sotteso alla misura ablatoria tesa ad aggredirlo, ove la possibilità astratta di quell'aggressione non sia *a priori* chiaramente scritta in una disposizione di legge che ne prefiguri l'attuabilità.

In un quadro più ampio che si è voluto illustrare per una maggiore chiarezza della questione ambientale, in tema di responsabilità per danno ambientale, in definitiva le Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 3077/2023 hanno affermato, mettendo un ulteriore punto fermo nella nota vicenda, che “*L’Amministrazione non può imporre al proprietario di un’area inquinata, che non sia anche l’autore dell’inquinamento, l’obbligo di realizzare le misure di messa in sicurezza di emergenza e bonifica, di cui all’art. 240, c. 1, lett. m) e p), cod. amb., in quanto gli effetti a carico del proprietario incolpevole restano limitati a quanto espressamente previsto dall’art. 253, in tema di oneri reali e privilegio speciale immobiliare, tale essendo la netta distinzione tra la figura del responsabile dell’inquinamento e quella del proprietario del sito, che non abbia causato o concorso a causare la contaminazione; così che, come ancora ribadito, il proprietario ‘non responsabile’ dell’inquinamento è tenuto, ai sensi dell’art. 245, c. 2, ad adottare le misure di prevenzione di cui all’art. 240, c. 1, lett. i), ma non le misure di messa in sicurezza d’emergenza e bonifica di cui alle lett. m) e p)*”.

[1] In tema di responsabilità per la bonifica dei siti inquinati, in dottrina, si veda F. Grassi, *Bonifica ambientale di siti contaminati*, in *Diritto dell’ambiente*, a cura di, G. Rossi, Torino, 2015, 424 ss.; R. Agnoletto, *I settori delle discipline ambientali*, in *Trattato di diritto dell’ambiente*, diretto da, R. Ferrara, M.A. Sandulli, Milano, Vol. I, 2014, 443 ss.; S. Grassi, *La bonifica dei siti contaminati*, *ivi*, 687 ss.; G. Acquarone, *L’accertamento del danno ambientale*, *ivi*, Vol. II, 371; A. Sacchi, *Profili civilistici*, in E. Picozza, P. Dell’Anno, *Trattato di diritto dell’ambiente. Principi generali*, Vol. I, Padova, 2012, 331 ss.; R. Invernizzi, *Inquinamenti risalenti, ordini di bonifica e principio di legalità CEDU: tutto per l’“ambiente”?*, in *Urb. app.*, **2014**, **8-9**, **967 ss.**; L. Costato, F. Pellizer, *Commentario breve al codice dell’ambiente: d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152*, Padova, 2012, 239-254; V. Corriero, *La “responsabilità” del proprietario del sito inquinato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2440 ss.; P.M. Vipiana Perpetua, *L’istruttoria nei procedimenti di bonifica dei siti inquinati*, in *Urb. app.*, 2010, 1133 ss.; V. Cingano, *Profili procedurali nella bonifica dei siti contaminati di interesse nazionale: tra disciplina generale e disciplina di settore*, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 7-8, 2365 ss.; R.F. Iannone, *L’azione di bonifica non grava sul proprietario incolpevole del sito contaminato*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 2, 379 ss.; E. Pomini, *L’onere reale nella bonifica dei siti contaminati*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 6, 1015 ss.; A. Carapellucci, *“Chi inquina paga”*: il punto su responsabilità dell’inquinatore e proprietario incolpevole nella bonifica dei siti inquinati, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 9, 1885 ss.; A.L. De Cesaris, *Bonifica dei siti inquinati*, in *Codice dell’ambiente*, a cura di, A.L. De Cesaris, S. Nespore, Milano, 2009, Agg. 2011, 669 ss.; F. Ferrara, *La bonifica dei siti inquinati*, in *Aa.Vv., Studi sul codice dell’ambiente*, Torino, 2009, 344 ss.; S. Baiona, *Nessuna responsabilità oggettiva in capo al proprietario “incolpevole” per l’abbandono di rifiuti sul fondo di sua proprietà*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 10, 2127; D. Dima, *Bonifica dei siti inquinati: criteri di imputazione e mezzi di accertamento della responsabilità*, in *Urb. app.*, 2009, 11 ss.; L. Prati, *La giurisprudenza in tema di bonifiche dopo il d.lgs. n. 152/2006*, in *Riv. giur. amb.*, 2008, 838 ss.; M. Lottini, *Bonifica di siti inquinati da fanghi di risulta della depurazione delle acque reflue urbane: tra potere di ordinanza extra ordinem e principio di prevenzione*, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 4, 1444 ss.; F. de Leonardis, *Il principio di precauzione nell’amministrazione del rischio*, Milano, 2005, *passim*; A. Amoroso, *Nuovi rilievi sull’attività volta all’accertamento della responsabilità dell’inquinamento del sito*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, 6, 318 ss.; F. Goisis, *La natura dell’ordine di bonifica e ripristino ambientale ex art. 17 d.lgs. n. 22 del 1997: la sua retroattività e la posizione del proprietario non responsabile della contaminazione*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, n. 2, 567 ss.; A.L. De Cesaris, *La responsabilità per inquinamento e la “posizione di garanzia” nella normativa sulla bonifica dei siti contaminati*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, 159 ss.; P. Carpentieri, *Bonifica e ripristino ambientale dei siti contaminati*, in *Ambiente*, 2002, 9 ss.; C. Viviani, *Bonifica dei siti contaminati e danno ambientale*, in P.M. Vipiana, C. Videtta, a cura di, *La bonifica dei siti inquinanti: aspetti problematici*, Padova, 2002, *passim*; G. Manfredi, *La bonifica dei siti inquinati tra sanzioni, misure ripristinatorie e risarcimento del danno all’ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, 5, 667 ss.; F. Giampietro, *Danno all’ambiente e bonifica dei siti inquinati: due discipline a confronto*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, 649; A.L. De Cesaris, *La disciplina per la bonifica e il ripristino dei siti contaminati*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, 355, ss.; R. Lombardi, *Il problema dell’individuazione dei soggetti coinvolti nell’attività di bonifica dei siti contaminati*, in P.M. Vipiana Perpetua, a cura di, *La bonifica dei siti inquinati: aspetti problematici*, Padova, 2002, 111 ss.; L. Prati, *Il danno da inquinamento e la disciplina delle bonifiche: l’aspetto della responsabilità civile*, in B. Pozzo, a cura di, *La nuova responsabilità civile per danno all’ambiente. Le problematiche italiane alla luce delle iniziative dell’Unione europea*, Milano, 2002, 147 ss.; M. Santoloci, *La responsabilità soggettiva del proprietario del terreno per la bonifica dei siti inquinati*, in *Dir. giur. agr.*, 2001, 742 ss..

[2] Il principio “*chi inquina paga*” è frutto di una elaborazione comunitaria, sia legislativa, sia giurisprudenziale.

Prima di essere inserito nell’art. 191 del TFUE, il principio in esame è stato definito, nel corso degli anni ‘70, in alcune direttive, in particolare in tema di rifiuti, per poi trovare un’ampia applicazione in altre fonti del diritto derivato. Si pensi alla direttiva 442/75/CEE, la direttiva quadro in materia di rifiuti, alla direttiva 62/94/CEE, sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, alla direttiva 59/91/CEE sui rifiuti pericolosi ovvero ancora alla direttiva 53/2000/CEE sui veicoli fuori uso.

In tempi più recenti, il principio “*chi inquina paga*” ha trovato applicazione nella direttiva sui rifiuti 2008/98/CE e in quella sulla responsabilità ambientale 2004/35/CE.

Allo stesso tempo, il principio “*chi inquina paga*” è stato oggetto di applicazione da parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, ad esempio, si è occupata di tale principio nella sentenza 29 aprile 1999, in causa C-293/97 (*Standley*, in *Racc.*, I, 2603), sull’interpretazione della direttiva 676/91/CEE, sulla protezione delle acque dall’inquinamento provocato dai nitrati provenienti dalle aziende agricole. In tale occasione, la Corte ha statuito che in riferimento al principio del “*chi inquina paga*”, la direttiva oggetto del proprio esame non comportava che gli esercenti di aziende agricole dovessero assumere a proprio carico oneri riguardanti l’eliminazione di un inquinamento ad essi non attribuibile.

Ancora, la Corte, con la sentenza del 7 settembre 2004, in causa C-1/03 (*Van De Walle*, in *Racc.*, I, 7613), a proposito della direttiva sui rifiuti 75/442/CEE, ha sottolineato come tale direttiva “*distingue la materiale realizzazione delle operazioni di recupero o smaltimento che essa pone a carico di ogni ‘detentore di rifiuti’, indipendentemente da chi sia il produttore o il possessore degli stessi – dall’assunzione dell’onere finanziario relativo alle suddette operazioni, che la medesima direttiva accolla, in conformità al principio ‘chi inquina paga’, ai soggetti che sono all’origine dei rifiuti, a prescindere se costoro siano detentori o precedenti detentori dei rifiuti oppure fabbricanti del prodotto che ha generato i rifiuti?*”.

Da ultimo, negli stessi termini, v. Corte di Giustizia UE, Sez. II, 11 settembre 2014, n. 525, *C. Bonichot c. Repubblica federale di Germania*, in *Foro amm.*, 2014, 9, 2206; Id., 9 marzo 2010, n. 378, *Soc. ERM e altri c. Ministero dello sviluppo economico*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2010, 1591; Id., 24 giugno 2008, in causa C-188/07, *Erika*, in *Racc.*, I, 4501.

Sull’evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, v. M. Clément, *Droit européen de l’environnement. Jurisprudence commentée*, Bruxelles, 2010, 77 ss..

Per uno studio dei principi europei in materia ambientale, v. M. Renna, *Ambiente e territorio nell’ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 649 ss.; Id., *I principi in materia di tutela ambientale*, in *www.rqda*, 1-2/2012.

Sul principio “*chi inquina paga*”, in dottrina si rinvia a D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell’ambiente*, in E. Picozza, P. Dell’Anno, a cura di, *Trattato di diritto dell’ambiente*, cit., 233 ss.; M. Montini, *Evoluzione, principi e fonti del diritto internazionale dell’ambiente*, *ivi*, 33 ss.; R. Rota, *Profili di diritto comunitario dell’ambiente*, *ivi*, 151 ss.; O. Porchia, *Le politiche dell’Unione europea in materia ambientale*, in *Trattato di diritto dell’ambiente*, diretto da, R. Ferrara, M.A. Sandulli, cit., 171 ss., e bibliografia e giurisprudenza *ivi* citata; A. Giuffrida, a cura di, *Diritto europeo dell’ambiente*, Torino, 2012, *passim*; F. Goisis, *Caratteri e rilevanza del principio comunitario “chi inquina paga” nell’ordinamento nazionale*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 2724 ss.; D. Ponte, *L’affermazione “chi inquina paga” recepisce un principio comunitario*, in *Guida al diritto*, 2008, 3, 149 ss.; A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Diritto dell’ambiente*, Bari-Roma, 2008, 47 ss.; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema, complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, 238 ss.; P. Dell’Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004, 79 ss.; Id., *Principi fondamentali della tutela dell’ambiente tra normativa europea e legislazione nazionale*, in *Dir. e giur. agr.*, 2006, 281 ss.; R. Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell’ambiente*, in *La tutela dell’ambiente*, a cura di, R. Ferrara, Torino, 2006, 13 ss.; M. Cecchetti, *I principi costituzionali per la tutela dell’ambiente*, Milano, 2000; M. Meli, *Il principio comunitario “chi inquina paga”*, Milano, 1996.

[3] Dalla lettura del d.lgs. n. 22/1997 emergeva una responsabilità di tipo oggettivo. All’art. 117 si affermava che “chiunque cagiona, anche in maniera accidentale, il superamento dei limiti, ovvero determina un pericolo concreto ed attuale di superamento dei limiti medesimi, è tenuto a procedere”. L’espressione *anche in maniera accidentale* conduce ad una responsabilità di chi inquina in modo oggettivo.

[4] Regolamento recante criteri, procedure e modalità per la messa in sicurezza, la bonifica e il ripristino ambientale dei siti inquinati, ai sensi dell’articolo 17 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 e successive modificazioni e integrazioni.

[5] Sulla responsabilità per danno ambientale come ipotesi di responsabilità oggettiva, cfr. A. Sacchi, *Profili civilistici*, cit., 331 ss.; M.P. Giracca, *Danno ambientale*, in *Trattato di diritto dell’ambiente*, diretto da, R. Ferrara, M.A. Sandulli, cit., 591, in cui si osserva che a differenza dell’art. 18, l. n. 349/1986, ove il criterio di imputazione della responsabilità era soggettivo (qualunque fatto doloso o colposo) e si richiedeva un danno effettivo (alterazione, distruzione e deterioramento), la disciplina concernente la bonifica dei siti contaminati di cui all’art. 117, d.lgs. n. 22/1997 era fondata su un criterio di responsabilità oggettiva e poteva applicarsi anche in assenza di danno, ossia per la sola presenza di un “pericolo di danno”, con funzione chiaramente preventiva.

[6] A titolo esemplificativo, v. Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4561, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 515 ss., con nota di F. Castoldi, *La responsabilità dei soggetti coinvolti nelle operazioni di bonifica*.

L’A. osserva che, con tale sentenza, il giudice amministrativo sottolinea il fatto che l’inquinatore sarebbe destinatario di una responsabilità oggettiva, cui consegue l’obbligo di effettuare tutte le operazioni di bonifica, a prescindere dalla verifica della

sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo al soggetto in questione. La responsabilità dell'autore dell'inquinamento, ai sensi dell'art. 17, c. 2, d.lgs. n. 22/1997, costituisce una forma di responsabilità oggettiva per gli obblighi di bonifica, messa in sicurezza e ripristino ambientale, desumibile dal fatto che l'obbligo di effettuare gli interventi sorge in connessione con una condotta "anche accidentale", ossia a prescindere dall'esistenza di qualsiasi elemento soggettivo doloso o colposo in capo all'autore dell'inquinamento, fatto salvo il rapporto di causalità tra l'azione (o l'omissione) dell'autore dell'inquinamento e il superamento dei valori di contaminazione.

In giurisprudenza, a sostegno della responsabilità oggettiva, v. TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 13 aprile 2011, n. 664; TAR Piemonte, Sez. II, 11 febbraio 2011, n. 136; TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 14 gennaio 2011, n. 57; Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6055; TAR Liguria, Sez. I, 21 novembre 2005, n. 1494; TAR Liguria, Sez. I, 10 febbraio 2004, n. 141, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[7] Sul punto si veda, V. Cingano, *Bonifica e responsabilità per danno all'ambiente nel diritto amministrativo*, cit., 138 ss..

[8] In questi termini, v. TAR Abruzzo, Sez. I, 30 aprile 2014, n. 204, nota di R. Invernizzi, cit.; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 2 novembre 2011, n. 1901, in *Dir. e giur. agr.*, 2012, 5, 358; TAR Piemonte, Sez. II, 11 febbraio 2011, n. 136, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 5, 659; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 14 marzo 2011, n. 2263, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 3, 832, nota di V. Cingano; TAR Toscana, Sez. II, 22 giugno 2010, n. 2035, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 3-4, 536, nota di F. Vanetti.

[9] A.L. De Cesaris, cit., 684 ss., osserva che "se la tesi della condotta dolosa o colposa dell'inquinatore dovesse essere confermata dalla giurisprudenza, ci si troverebbe di fronte ad un arretramento della tutela: l'operatore assoggettato ad una regola di responsabilità oggettiva è certamente incentivato a tener maggiormente conto degli effetti negativi sulla collettività, in termini di rischio d'incidente, della propria attività".

Ancora parte della giurisprudenza sostiene la responsabilità oggettiva del proprietario incolpevole.

Si veda TAR Campania, Napoli, 4 dicembre 2013, n. 5552, in *Foro amm.*, 2013, 12, 3805, in cui si afferma che "l'ordinanza contingibile e urgente con la quale il sindaco impone al proprietario di un'area di bonificarla dalla situazione di degrado, attinente alla salute pubblica, non ha carattere sanzionatorio, di tal che non è dipendente dall'individuazione di responsabilità del proprietario in relazione alla situazione inquinante, ma solo ripristinatorio, per essere diretta esclusivamente alla rimozione dello stato di pericolo e prevenire danni alla salute pubblica. Ne consegue che l'ordinanza è legittimamente indirizzata al proprietario dell'area, cioè a chi si trova con questa in un rapporto tale da consentirgli di eliminare la riscontrata situazione di pericolo, ancorché tale situazione potrebbe non essergli imputata".

[10] Allegato 4, Parte IV del Codice: "Il presente allegato riporta le procedure amministrative e tecnico operative con le quali gestire situazioni di rischio concreto o potenziale di superamento delle CSC per i siti di ridotte dimensioni oppure per eventi accidentali che interessino aree circoscritte".

[11] Sul punto si rinvia a V. Cingano, *Oneri istruttori di regioni ed enti locali nei procedimenti per la bonifica di siti inquinati*, in *Quad. Reg.*, 2011, 491 ss..

[12] *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 56, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 1, 213, in cui si afferma che "nell'ipotesi in cui il responsabile dell'inquinamento non esegua gli interventi di bonifica ambientale o lo stesso non sia individuabile da parte dell'Amministrazione pubblica, le opere di bonifica ambientale devono essere eseguite dalla Pubblica Amministrazione competente che ha il diritto di rivalersi sul soggetto proprietario del sito nei limiti del valore dell'area bonificata. Pertanto, in capo al proprietario incolpevole non sussiste alcun obbligo di eseguire gli interventi di bonifica e di messa in sicurezza".

In senso conforme, v. TAR Basilicata, Sez. I, 26 agosto 2014, n. 561, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 8 luglio 2014, n. 1768, *ivi*; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 3 luglio 2013, n. 3374, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 79; TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 11 settembre 2012, n. 2117, *ivi*, 2013, 1, 114, nota di L. Prati; TAR Toscana, Sez. II, 22 ottobre 2012, n. 1687, in *Dir. e giur. agr.*, 2013, 9, 564; TAR Sardegna, Sez. I, 16 dicembre 2011, n. 1239, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 434, nota di F. Vanetti, E. Alotta; Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 24 giugno 2008, n. 188, *ivi*, 2008, 6, 985.

[13] Cfr. F. Castoldi, *La responsabilità dei soggetti coinvolti nelle operazioni di bonifica*, cit., 515, il quale nota che, sostenendo il criterio della responsabilità oggettiva, emergono problemi soprattutto se esso viene rapportato all'attuale complesso normativo rappresentato dal d.lgs. n. 152/2006, il quale ha abrogato il d.lgs. n. 22/1997 e, pur avendone confermato per la maggior parte la disciplina, non ha inteso replicare il disposto dell'art. 17, c. 2, eliminando dunque l'inciso "anche in maniera accidentale" in merito alla causazione del danno.

In giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 56, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Toscana, Sez. II, 11 giugno 2012, n. 1104, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 94; Id., 28 agosto 2012, n. 1491, *ivi*; Id., 19 settembre 2012, n. 1551, *ivi*; TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 11 settembre 2012, n. 2117, *ivi*; TAR Piemonte, Sez. I, 21 novembre 2008, n. 2928, in questa *Rivista*,

2009, 230, in cui si afferma che sul proprietario di un'area o sul suo gestore “*non incombe alcun obbligo di porre in essere gli interventi ambientali in argomento, ma l'onere (reale) di eseguirli al fine di evitare l'espropriazione del terreno interessato gravato da onere reale, al pari delle spese sostenute per gli interventi di recupero ambientale assistite, invece, da privilegio speciale immobiliare*”.

Negli stessi termini, v. Cons. Stato, Sez. VI, 5 settembre 2005, n. 4525, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2005, 9, 2667 ss..

[14] La giurisprudenza ha chiarito che la responsabilità della contaminazione deve essere accertata in concreto. In particolare è stato affermato che è illegittimo l'accollo indifferenziato delle attività ed oneri di bonifica di un sito contaminato sui produttori che in esso operano senza il preventivo accertamento, con un procedimento partecipato, delle relative responsabilità per l'inquinamento riscontrato; a questo fine, è necessario compiere accertamenti relativi all'elemento materiale (*id est* danno), all'elemento soggettivo della colpa o del dolo e del nesso causale, che dovranno comunque risultare dalla motivazione del provvedimento amministrativo.

In questi termini, v. TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 24 gennaio 2014, n. 228, in *www.giustamm.it*; Cons. Stato, Sez. III, 5 dicembre 2011, n. 6392, in questa *Rivista*, 2012, 227; TAR Sardegna, Sez. I, 16 dicembre 2011, n. 1239, in questa *Rivista*, 2012, 256; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 2 novembre 2011, n. 1901, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Sardegna, Sez. II, 15 settembre 2011, n. 929, *ivi*; TAR Lombardia, Milano, Sez., IV, 6 settembre 2011, n. 2166, *ivi*; TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 13 gennaio 2011, n. 6, *ivi*.

[15] In questi termini, v. TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 17 dicembre 2009, n. 837, in *Riv. giur. amb.*, 379, che fonda l'interpretazione a favore di una responsabilità soggettiva sull'art. 311, c. 2, del Codice, secondo il quale “*chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, all'adozione di misure di riparazione complementare e compensativa di cui alla direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004*”.

Sul punto v., D. Camici, A.L. De Cesaris, C. Galdenzi, R. Losengo, E. Maschietto, *Bonifica dei siti contaminati*, cit., 21 ss..

In giurisprudenza, v. TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 17 giugno 2008, n. 1190, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 20 luglio 2007, n. 1254, in *Riv. giur. amb.*, 2007, 5, 828, nota di A.L. De Cesaris, L. Prati, in cui si afferma che “*se, nel vigore del d.lgs. n. 22/1997, poteva dubitarsi della natura della responsabilità (soggettiva, o al contrario, oggettiva) di colui che determina un inquinamento (chiamato a provvedere al ripristino anche se il superamento dei valori *standards* è cagionato accidentalmente, con conseguente possibile configurazione di un obbligo di intervento che prescinde dallo stato soggettivo dell'agente), ciò invece è sicuramente da escludersi nella disciplina attuale. Infatti il d.lgs. n. 152/2006, all'art. 311, c. 2, disciplina la responsabilità per danni all'ambiente ed è la norma che costituisce e disciplina la situazione giuridica soggettiva di responsabilità, e serve quindi ad orientare l'interprete nella ricostruzione dell'istituto più generale dei siti inquinati*”.

[16] Art. 311, c. 2, del Codice, ai sensi del quale “*chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato all'effettivo ripristino a sue spese della precedente situazione e, in mancanza, all'adozione di misure di riparazione complementare e compensativa di cui alla direttiva 2004/35/CE*”.

In tema di danno ambientale, sia consentito rinviare a R. Leonardi, *L'esclusione della legittimazione ad agire degli enti locali nell'azione risarcitoria in tema di danno ambientale: la negazione del “federalismo ambientale”*, in *Foro amm.-TAR*, 2013, 2925.

[17] L. Prati, *Il danno ambientale dopo la novella del 2009 e la decisione 378/2010 della Corte di giustizia*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 957 ss..

Secondo la giurisprudenza che si fa portatrice della tesi della responsabilità soggettiva, non è sufficiente un rapporto di causa-effetto tra lo svolgimento di un'attività inquinante e il danno ambientale, per poter fondare la responsabilità dell'operatore, ma occorre anche un elemento di dolo o colpa, in correlazione con la violazione di una norma o con un comportamento negligente.

[18] Direttiva 35/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, in *G.U.C.E.* del 30 aprile 2004, n. L 143/56.

Sulla direttiva, v. A Sacchi, *Profili civilistici*, cit., 341 ss., e giurisprudenza e dottrina *ivi* citata.

È opportuno ricordare come la direttiva in questione non operi una distinzione tra danno ambientale ed interventi di bonifica, ma poiché questi ultimi costituiscono una forma di risarcimento di tale danno è corretto ritenere che i principi di cui alla presente direttiva possano anche applicarsi al tema delle bonifiche.

[19] Le attività in questione sono elencate all'Allegato III, direttiva 35/2004/CE. Esso comprende attività appartenenti a settori potenzialmente inquinanti quali l'industria dell'energia, le raffinerie, l'attività chimica, quella estrattiva, la produzione e lavorazione di metalli e la gestione di rifiuti.

[20] Si legge nel *Considerando* 8 che “la presente direttiva dovrebbe applicarsi, con riferimento al danno ambientale, alle attività professionali che presentano un rischio per la salute umana o per l'ambiente. In linea di principio, tali attività dovrebbero essere individuate con riferimento alla normativa comunitaria pertinente che prevede requisiti normativi in relazione a certe attività o pratiche che si considera presentino un rischio potenziale o reale per la salute umana o l'ambiente”.

[21] L. Prati, *Il danno ambientale dopo la novella del 2009 e la decisione 378/2010 della Corte di giustizia*, cit., 957 ss., il quale afferma che “il principio della responsabilità ambientale anche in assenza di dolo o di colpa si applica infatti alle attività incluse in una lista di settori potenzialmente inquinanti, quelle appunto dell'allegato III” e aggiunge che “la direttiva distingue, ai fini della imputazione del danno, tra tipologie di operatori, gravando di una responsabilità certamente più prossima a quella oggettiva, e quindi basata sulla sussistenza del solo nesso di causalità tra azione ed evento, i soggetti esercenti attività ritenute comportare un rischio per la salute umana o l'ambiente”.

[22] Si legge nel *considerando* 9 che “la presente direttiva dovrebbe inoltre applicarsi, per quanto riguarda il danno causato alle specie e agli *habitat* naturali protetti, alle attività professionali che non sono già direttamente o indirettamente contemplate nella normativa comunitaria come comportanti un rischio reale o potenziale per la salute umana o l'ambiente. In tali casi l'operatore sarebbe responsabile ai sensi della presente direttiva, soltanto quando vi sia il dolo o la colpa di detto operatore”.

[23] Corte Giust. UE, 9 marzo 2010, Grande Sez., causa C-378/08, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 565, nota di A.L. De Cesaris, *La Corte di Giustizia tra imputazione e accertamento delle responsabilità per danni all'ambiente e i poteri dell'Autorità competente per ottenere le misure di riparazione*, e in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2011, 83 ss., con nota di G. Lo Schiavo, *La Corte di Giustizia e l'interpretazione della direttiva 35/2004 sulla responsabilità per danno ambientale: nuove frontiere*.

L'autore ricostruisce la fattispecie oggetto della controversia. La sentenza di cui si tratta è stata emanata a seguito della scelta operata dal TAR Sicilia, Catania, di trasmettere alla Corte una serie di questioni pregiudiziali. Le cause principali, cui è stato posto rinvio alla Corte, avevano ad oggetto l'inquinamento ambientale del territorio del Priolo Gargallo e della Rada di Augusta in Sicilia e la controversia originaria era stata instaurata da alcune imprese contro il Ministero dello Sviluppo Economico. L'inquinamento di queste aree risale agli anni '60, epoca in cui molteplici imprese hanno cominciato ad operare con attività nei settori della petrolchimica e degli idrocarburi. Ciò comportava invasivi sfruttamenti delle zone in questione, che hanno danneggiato lo stato dei terreni, le falde freatiche, le acque costiere e i fondali marini. A fronte di siffatti danneggiamenti le amministrazioni competenti hanno obbligato le imprese operanti nelle aree in questione a risanare i fondali contaminati mediante opere di bonifica. Le imprese a questo punto hanno deciso di ricorrere al giudice amministrativo contestando gli ordini dell'amministrazione la quale non aveva distinto tra inquinamenti pregressi e attuali e non aveva nemmeno accertato la responsabilità a titolo individuale delle singole imprese.

[24] Corte Giust. UE, 9 marzo 2010, Grande Sez., causa C-378/08, in *Riv. giur. amb.*, cit., 957 ss., con nota di L. Prati, in cui si osserva che “la direttiva 35/2004 consente all'autorità competente di presumere l'esistenza di un nesso di causalità, nell'ipotesi di inquinamento a carattere diffuso, tra determinati operatori e un inquinamento accertato, in base all'esistenza di indizi plausibili in grado di dare fondamento alla presunzione, quali la vicinanza dell'impianto dell'operatore all'inquinamento accertato e la corrispondenza tra sostanze inquinanti e i componenti impiegati da detto operatore”.

[25] Si può tuttavia affermare che per quanto riguarda il nostro ordinamento, in merito a questa posizione assunta dalla Corte, circa la possibilità di attribuire la responsabilità per danno solo in base a presunzioni, siano esse semplici o legali, possano registrarsi orientamenti differenti.

In senso contrario a quanto affermato dalla Corte, v. Cons. Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 56, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 556 ss., con nota di P. Bertolini, *Il principio di proporzionalità e l'accertamento del nesso di causalità nei procedimenti relativi alla bonifica dei siti inquinati*, in cui si osserva che “nei procedimenti relativi alla bonifica dei siti inquinati l'accertamento del nesso di causalità fra il comportamento del responsabile e il fenomeno dell'inquinamento deve essere condotto in maniera rigorosa e deve essere fondato su un'adeguata motivazione e su idonei elementi istruttori, nonché su prove e non su mere presunzioni”.

Invece, in senso favorevole, possono essere ricordate altre pronunce. Cfr. TAR Piemonte, Sez. I, 24 marzo 2010, n. 1575 e Cons. Stato, Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3885, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, cit., 83 ss., con nota di G. Lo Schiavo. Tali pronunce

affermano che l'accertamento della responsabilità dell'inquinamento deve essere rigorosa, ma essa può essere individuata a carico del soggetto autore del danneggiamento, anche sulla base di elementi indiretti riscontrabili con presunzioni semplici.

[26] La sentenza n. 378/200808, cit., in materia di responsabilità oggettiva, stabilisce al punto 62 che “quando un danno sia stato causato all'ambiente da operatori attivi nei settori dell'energia e della chimica.. attività comprese a tale titolo nell'allegato III alla direttiva 2004/35, a questi operatori possono essere imposte misure preventive o di riparazione, senza che l'autorità competente sia tenuta a dimostrare l'esistenza di un comportamento doloso o colposo in capo a loro”; al punto 63 si legge che “nel caso di attività professionali comprese nell'allegato III alla direttiva 2004/35, la responsabilità ambientale degli operatori attivi in questi ambiti è loro imputata in via oggettiva”. In materia di responsabilità soggettiva stabilisce al punto 61 che “quando un danno è stato arrecato alle specie e agli habitat naturali protetti da una attività professionale non elencata nell'allegato III di questa direttiva, la medesima può applicarsi a condizione che sia accertato il comportamento doloso o colposo in capo all'operatore”.

[27] TAR Toscana, Firenze, Sez. II, del 3 marzo 2010, n. 594, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si afferma che “la disciplina di cui agli art. 240 ss. del d.lgs. n. 152/2006, al pari di quella previgente (art. 17, comma 2, d.lgs. n. 22/1997), è ispirata al principio secondo cui l'obbligo di adottare le misure, tanto urgenti che definitive, idonee a fronteggiare una situazione di inquinamento, è a carico unicamente di colui che di tale situazione sia responsabile, per avervi dato causa, a titolo di dolo o colpa: l'obbligo di bonifica o di messa in sicurezza non può essere, invece, addossato al proprietario incolpevole, ove manchi ogni responsabilità dello stesso”; Cons. Stato, Sez. V, 19 marzo 2009, n. 1612, in www.ambientediritto.it, in cui si osserva che “il legislatore ha strutturato la fattispecie in esame in termini indiscutibilmente soggettivi, radicando solo sulla riscontrata presenza di colpevolezza del proprietario la sua concorrente responsabilità e in difetto di accertato concorso, con il terzo autore dell'illecito, di una condotta colpevole del proprietario del fondo, non è dato ricavare alcuna sua responsabilizzazione per la bonifica da effettuare”.

[28] In questo senso, v. G. Lo Schiavo, *La Corte di giustizia e l'interpretazione della direttiva 35/2004 sulla responsabilità per danno ambientale: nuove frontiere*, cit., 83 ss.; G. Taddei, *Il rapporto tra bonifica e risarcimento del danno ambientale*, in *Amb. e Svil.*, 2009, 417 ss..

La Commissione europea ha inviato al Governo italiano una lettera di costituzione in mora il 31 gennaio 2008, C(2008)0090, nella quale si ipotizza che la normativa italiana sulla responsabilità in materia di danno ambientale, violi sotto diversi profili i principi statuiti dalla direttiva 35/2004/CE. A questa ha fatto poi seguito un parere motivato risalente al 12 gennaio 2012, C(2012)228, con cui la Commissione torna sulla questione del mancato adempimento da parte del Governo italiano dei principi fondamentali contenuti nella Direttiva 35/2004/CE.

[29] Legge 6 agosto 2013, n. 97, in G.U. del 20 agosto 2013, n. 194, “Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013”.

[30] Art. 25, c. 1, lett. g): “Quando si verifica un danno ambientale cagionato dagli operatori le cui attività sono elencate nell'allegato V alla presente parte sesta, gli stessi sono obbligati all'adozione delle misure di riparazione di cui all'allegato III alla medesima parte sesta secondo i criteri ivi previsti, da effettuare entro il termine congruo di cui all'articolo 314, comma 2, del presente decreto. Ai medesimi obblighi è tenuto chiunque altro cagioni un danno ambientale con dolo o colpa”.

Quindi nei confronti degli operatori che svolgono certe attività professionali, viene applicato il criterio oggettivo, indipendentemente dalla responsabilità per la contaminazione dell'area; mentre per tutti gli altri casi resta fermo il principio di responsabilità per dolo o per colpa di chi ha svolto l'attività che ha causato la contaminazione.

[31] Cfr. M.P. Giracca, *Danno ambientale*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli, diretto da, *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, cit., 594 ss.; R. Rota, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in E. Picozza, P. Dell'Anno, a cura di, *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 151 ss.; A. Sacchi, *Profili civilistici, ivi*, 331 ss..

[32] In questo senso è ampia la giurisprudenza che sostiene la tesi della necessità di prevedere un obbligo limitato alle misure di prevenzione in capo al proprietario incolpevole.

Cfr. TAR Toscana, Sez. I, 19 settembre 2012, n. 1551, nota di E. Pomini, *L'individuazione degli obblighi d'intervento a carico del proprietario incolpevole e volontario*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 95 ss..

L'A. rileva come il TAR Toscana, in linea con il dato normativo (art. 245, c. 2) sancisce che “il proprietario dell'immobile, pur incolpevole, non è immune da ogni coinvolgimento nella procedura relativa ai siti contaminati e dalle conseguenze della constatata contaminazione, dovendo egli attuare le misure di prevenzione di cui all'art. 242”.

Il problema che l'A. affronta non è rappresentato tanto dalla sussistenza o meno di siffatto obbligo, dal quale pare difficile che il proprietario possa esimersi, quanto dal tipo d'intervento che esso è chiamato ad attuare. Egli afferma dunque che “in

capo ad un soggetto incolpevole del danno arrecato, possano configurarsi soltanto obblighi di portata contenuta, non potendo cioè le misure di prevenzione essere intese in modo estensivo fino a ricomprendere vere e proprie misure di messa in sicurezza del sito”.

Nello stesso senso si sono espressi anche TAR Sardegna, Sez. I, 16 dicembre 2011, n. 1239, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 434 ss., con nota di F. Vanetti, E. Alotto, *Il punto sulla responsabilità del proprietario incolpevole rispetto agli interventi di bonifica*, in cui si afferma che *“nell’ipotesi in cui il responsabile dell’inquinamento non esegua gli interventi di bonifica le opere di bonifica ambientale devono essere eseguite dalla pubblica amministrazione competente che ha il diritto di rivalersi sul soggetto proprietario del sito nei limiti del valore dell’area bonificata. Pertanto, a carico dell’incolpevole proprietario di un’area inquinata non incombe alcun obbligo di porre in essere interventi di messa in sicurezza d’emergenza, ma solo la facoltà di eseguirli per mantenere l’area libera da pesi. È illegittimo l’ordine di bonifica rivolto al proprietario dell’area contaminata che si fonda solo su detta qualità in assenza di ogni altra verifica tesa ad individuare il responsabile dell’inquinamento”.*

Cfr. TAR Toscana, Sez. II, 1° aprile 2011, n. 565, in *www.ambientediritto.it*, in cui si afferma che *“occorre riaffermare il principio, ormai consolidato in giurisprudenza, secondo cui non è legittimo l’ordine di bonifica, messa in sicurezza e ripristino ambientale indiscriminatamente rivolto al proprietario del fondo in ragione della sua sola qualità, ma in mancanza di adeguata dimostrazione da parte dell’Amministrazione precedente, sulla base di un’istruttoria completa e di una esauriente motivazione, dell’imputabilità soggettiva della condotta”*; TAR Toscana, Sez. II, 5 giugno 2009, n. 984, in *www.ambientediritto.it*, in cui si osserva che *“gli obblighi connessi alla messa in sicurezza e alla bonifica di un sito inquinato sono ricondotti dalla legge ad un presupposto soggettivo ed ad uno oggettivo, venendo meno uno dei quali non si concretizza l’obbligo in questione”*; TAR Sardegna, Sez. II, 8 ottobre 2007, n. 1809, in *www.reteambiente.it*, secondo il quale *“il proprietario non responsabile non è obbligato ad eseguire gli interventi di bonifica in quanto la legge riserva la situazione di obbligo solo al responsabile; la sua situazione può ricondursi alla figura dell’onere, rimanendo tale anche in seguito all’attivazione spontanea delle procedure per la messa in sicurezza e bonifica del sito”.*

[33] Art. 245, c. 2, in cui si afferma che: *“(…) la provincia, una volta ricevute le comunicazioni di cui sopra, si attiva, sentito il comune, per l’identificazione del soggetto responsabile al fine di dar corso agli interventi di bonifica”.*

[34] Sul punto, si rinvia a V. Cingano, *La responsabilità nei confronti della pubblica amministrazione per contaminazione di un sito: l’individuazione degli oneri che gravano sul proprietario*, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 836 ss..

[35] In questi termini, v. Tribunale civile di Ferrara, 17 gennaio 2013, n. 65, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 3-4, 451, in cui si afferma che *“il principio ‘chi inquina paga’ può essere invocato dal proprietario di un sito inquinato esclusivamente a sostegno dell’azione di rivalsa nei confronti dell’effettivo responsabile dell’inquinamento, ma non lo esonera dall’obbligazione pecuniaria nei confronti della pubblica amministrazione conseguente alle opere di bonifica, in base al principio generale fissato dall’art. 2051 del codice civile che non è derogato da alcuna disciplina di settore”.*

Negli stessi termini, v. TAR Veneto, Sez. III, 8 febbraio 2013, n. 197, *ivi*, 452; *contra*, TAR Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 5 maggio 2014, n. 183, in *Foro amm.*, 2014, 5, 1546; TAR Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 9 aprile 2013, n. 229, *ivi*, 453, in cui si afferma che *“l’obbligo di procedere alla bonifica non può essere desunto dall’applicazione della previsione dell’art. 2051 c.c. (che regola la responsabilità del custode): deve, infatti, rilevarsi come si tratti di un criterio che si presenta in contraddizione con i precisi criteri di imputazione degli obblighi di bonifica previsti dagli artt. 240 e ss. e 252 bis comma 2 del d.lgs. n. 152/2006. In buona sostanza, si tratta di una disciplina esaustiva della problematica che non può certo essere integrata dalla sovrapposizione di principi desunti dalla diversa normativa e che determinerebbero la sostanziale alterazione di un contenuto normativo improntato a ben diversi principi”*; ancora cfr. TAR Toscana, Sez. II, 19 ottobre 2012, n. 1664, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 252.

Si consideri, inoltre, che il Codice rappresenta una normativa di settore contenente previsioni specifiche e pertanto appare una forzatura voler integrare gli obblighi espressamente indicati da tale disciplina attraverso l’applicazione dell’art. 2051 c.c. che rappresenta una norma di carattere generale. Infatti, secondo il principio di specialità, la norma speciale prevale rispetto a quella generale. Sul tema, v. Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2012, n. 14, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[36] *Ex multis*, v. TAR Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 9 aprile 2013, n. 229, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 451 ss., con nota di F. Vanetti, M.E. Alotto, *Responsabilità del proprietario incolpevole e obbligo di custodia*.

Gli AA. rilevano come nella presente pronuncia il TAR escluda che il proprietario incolpevole possa essere obbligato ad intervenire, oltre che sulla base del dato normativo del Codice, anche in riferimento al fatto che ad esso non si può applicare l’art. 2051 c.c. in materia di obblighi di custodia. Infatti emerge come possa apparire una forzatura voler integrare gli obblighi dettati dall’attuale disciplina con l’applicazione dell’art. 2051 c.c.: *“l’obbligo di procedere alla bonifica non può essere desunto dall’applicazione della previsione dell’art. 2051 c.c. (che regola la responsabilità del custode) (..) il d.lgs. n. 152/2006 rappresenta una disciplina esaustiva della problematica che non può essere integrata dalla sovrapposizione di principi desunti dalla diversa normativa”.*

TAR Toscana, Sez. II, 19 ottobre 2012, n. 1664, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 252 ss., con nota di E. Maschietto, *La posizione del proprietario incolpevole nei procedimenti di bonifica e risanamento ambientale*.

L'A. sottolinea come la presente sentenza ribadisca l'insussistenza a carico del proprietario incolpevole della contaminazione di alcun obbligo di riparazione ambientale, sia sotto il profilo della messa in sicurezza d'emergenza, sia sotto il profilo della bonifica. L'aspetto che caratterizza la pronuncia in questione è rappresentato dal fatto che la mancanza di siffatti doveri in capo al proprietario incolpevole è giustificata non solo dal dato normativo del Codice, ma si spinge a prendere in considerazione l'istituto della responsabilità per custodia, ai sensi dell'art. 2051 cc. ("*ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il danno fortuito*"), escludendo la possibilità di richiamare siffatta disciplina per poter fondare la responsabilità del proprietario incolpevole: "*al proprietario incolpevole dell'inquinamento non può essere addossato alcun obbligo di bonifica o di messa in sicurezza neppure ai sensi dell'art. 2051 cc. in relazione all'ipotesi di responsabilità civile per cose in custodia*".

In senso contrario possono essere richiamate TAR veneto, Sez. III, 8 febbraio 2013, n. 196, in *Riv. giur. amb.*, 2013, cit., 451 ss., con nota di F. Vanetti, M.E. Alotto, nella quale il TAR richiama l'istituto della responsabilità per custodia affermando che il proprietario incolpevole sarebbe obbligato ad intervenire, ai sensi dell'art. 2051 cc..

[37] TAR Lazio, Sez. I, 14 marzo 2011, n. 2263, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 837 ss..

[38] Il TAR afferma al punto 7 che "*proprio perché il proprietario non è estraneo alle vicende successive all'accertata contaminazione dell'immobile oggetto del suo diritto; proprio perché egli è tenuto ad attuare le misure di prevenzione necessarie; proprio perché egli può – anche in vista delle conseguenze future in cui potrebbe incorrere ex art. 253 – sempre farsi carico volontariamente degli interventi necessari, non sussiste alcun impedimento a ritenere che il proprietario possa essere reso destinatario dall'amministrazione competente – salvo sua rivalsa nei confronti del responsabile – degli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale, e ciò senza che tale attribuzione consegua o sia indice di una sua responsabilità*".

[39] Sul punto si rinvia a F. Vanetti, *Bonifica da parte del proprietario incolpevole, è un obbligo o una facoltà?*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 660 ss..

L'A., commentando la sentenza in esame, contesta la posizione assunta dal TAR, soprattutto in considerazione del fatto che essa non solo è in contrasto con la giurisprudenza maggioritaria, ma anche con il principio comunitario '*chi inquina paga*' e con il dato normativo derivante dal combinato disposto tra art. 245 e art. 253. In riferimento a queste ultime norme infatti si legge che "*non si comprende, dunque, come a fronte di tale chiara ed espressa previsione, si possa giungere a ritenere che il proprietario incolpevole sia obbligatoriamente tenuto ad eseguire gli interventi di bonifica definitivi*". Conclude sostenendo che "*è evidente che l'intervento del proprietario nella bonifica sia su base volontaria e in considerazione del proprio interesse privato e che non vi sia un obbligo giuridico discendente dalla legge, idoneo ad imporgli la bonifica di una contaminazione che non ha causato*".

[40] Si legge al punto 6 che "*alla luce delle disposizioni citate, appare evidente che, nel sistema sanzionatorio ambientale, il proprietario del sito inquinato è senza dubbio soggetto diverso dal responsabile dell'inquinamento (pur potendo, ovviamente, i due soggetti coincidere); su quest'ultimo gravano, oltre altri tipi di responsabilità da illecito, tutti gli obblighi di intervento, di bonifica e lato sensu ripristinatori, previsti dal Codice dell'ambiente (in particolare, dagli artt. 242 ss.)*".

[41] Sempre al punto 6 si legge che "*tuttavia, il proprietario dell'immobile, pur incolpevole, non è immune da ogni coinvolgimento nella procedura relativa ai siti contaminati e dalle conseguenze della constatata contaminazione. Ed infatti, in primo luogo, il proprietario è comunque tenuto ad attuare le misure di prevenzione di cui all'art. 242 (art. 245); in secondo luogo, il proprietario, ancorché non responsabile, può sempre attivare volontariamente gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale (art. 245); infine, il proprietario è il soggetto sul quale l'ordinamento, in ultima istanza, fa gravare – in mancanza di individuazione del responsabile o in caso di sua infruttuosa escussione – le conseguenze dell'inquinamento e dei successivi interventi (art. 253)*".

[42] Il TAR afferma che "*la titolarità delle obbligazioni risarcitorie rende possibile anche l'attribuzione (provvisoria) delle obbligazioni ripristinatorie*".

In altri termini, secondo il TAR, l'onere reale e il privilegio speciale immobiliare, che legittimano l'amministrazione a richiedere la corresponsione da parte del proprietario incolpevole di una somma massima pari al valore del bene a seguito della bonifica, determinano la sussistenza di una obbligazione risarcitoria che non deve essere assolta solo per equivalente ma anche in forma specifica.

[43] Cfr. V. Cingano, *La responsabilità nei confronti della pubblica amministrazione per contaminazione di un sito: l'individuazione degli oneri che gravano sul proprietario*, cit., 837 ss..

[44] Si rinvia a TAR Piemonte, Sez. II, 11 febbraio 2011, n. 136, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 659 ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4561, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 515 ss., secondo il quale "*il proprietario non responsabile del sito contaminato è destinatario di una responsabilità da posizione, non solo svincolata dai profili soggettivi del dolo e della colpa, ma che non richiede neppure l'apporto causale del proprietario responsabile del superamento o pericolo di superamento dei valori limite di contaminazione*".

[45] Sul punto v. TAR Toscana, Firenze, Sez. II, 22 giugno 2010, n. 2035, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 536 ss., con nota di F. Vanetti, *Obbligo di bonifica: sussiste anche nei confronti di un soggetto non responsabile che interviene volontariamente?*, in cui si osserva che “una volta avviato il procedimento ex art. 245 del d.lgs. n. 152/2006, l’interessato non può fermarsi alla sola messa in sicurezza e redazione del piano di caratterizzazione, ma deve concludere l’intero procedimento, al fine di dare luogo alla bonifica e al ripristino ambientale già configurate nel piano di caratterizzazione”.

L’intenzione del TAR dunque è quella di prevedere in capo al proprietario non responsabile che abbia avviato volontariamente la procedura di bonifica, un vero e proprio obbligo a concluderla.

L’A. sottolinea come la pronuncia in questione si ponga in netto contrasto sia con il dato normativo nazionale, il quale prevede una mera facoltà, mentre invece il TAR prevede un obbligo, sia con il principio comunitario “*chi inquina paga*”.

[46] V. Cingano, *La responsabilità nei confronti della pubblica amministrazione per contaminazione di un sito: l’individuazione degli oneri che gravano sul proprietario*, cit., 837 ss., secondo la quale “la giurisprudenza in modo costante afferma che solo al soggetto individuato dall’amministrazione come responsabile possono essere addossati gli oneri di bonifica. Mentre la realizzazione di tali interventi non può essere fatta gravare sul proprietario, in considerazione della sola titolarità del bene; l’obbligo di bonifica e di messa in sicurezza non può essere addossato al proprietario ove manchi ogni sua responsabilità. In caso di mancata individuazione del responsabile le opere di recupero ambientale sono eseguite dalla pubblica amministrazione e le spese per gli interventi di bonifica ricadono in via indiretta sul proprietario ancorché incolpevole, attraverso l’individuazione dell’onere reale e del privilegio speciale immobiliare sulle aree”.

[47] Il Codice sancisce all’art. 250 che, in mancanza di un apposito intervento da parte dei soggetti responsabili della contaminazione o nell’impossibilità di una loro individuazione sia l’amministrazione competente a dover provvedere d’ufficio mediante la realizzazione delle procedure e degli interventi di cui all’art. 242 del Codice.

È proprio in relazione a tali interventi che possono essere introdotti i concetti di onere reale e di privilegio speciale immobiliare.

La previsione di questo istituto nell’ambito delle operazioni di bonifica ha la finalità di evitare che i costi per sostenere tali interventi - che sono stati anticipati dall’amministrazione poiché non è stato possibile individuare il responsabile dell’inquinamento - restino a carico di questa, ma vadano a gravare sul proprietario che beneficia dell’intervento di disinquinamento. L’art. 253, c 1, del Codice statuisce che “*gli interventi di cui al presente titolo costituiscono onere reale sui siti contaminati qualora effettuati d’ufficio dall’autorità competente ai sensi dell’art 250*”.

In altri termini, affermando che gli interventi di messa in sicurezza e di bonifica effettuati d’ufficio dalla pubblica amministrazione costituiscono onere reale sui siti inquinati, la conseguenza è che il titolare dell’area sia tenuto a sostenere le spese di siffatte operazioni nei limiti del valore di mercato del sito.

[48] Sul punto v. F. Castoldi, *La responsabilità dei soggetti coinvolti nelle operazioni di bonifica*, cit., 515 ss..

[49] L’ordinanza in questione ha seguito la remissione operata dalla sentenza del Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2740, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nella quale viene statuito che “*la Sesta Sezione ha rimesso all’Adunanza Plenaria la questione di diritto se, in base al principio di matrice comunitaria compendiato nella formula “chi inquina paga” – l’Amministrazione nazionale possa imporre al proprietario di un’area inquinata, che non sia anche l’autore dell’inquinamento, l’obbligo di porre in essere le misure di messa in sicurezza di emergenza di cui all’art. 240, c. 1, lett. m) del d.lgs. n. 152/2006 (sia pure, in solido con il responsabile e salvo il diritto di rivalsa nei confronti del responsabile per gli oneri sostenuti), ovvero se - in alternativa - in siffatte ipotesi gli effetti a carico del proprietario ‘incolpevole’ restino limitati a quanto espressamente previsto dall’art. 253 del medesimo decreto legislativo in tema di oneri reali e privilegi speciali*”.

[50] Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2013, n. 21, punto 13, in *Riv. giur. amb.*, 2013, con nota di C.L. Coppini, *Cbi non ha inquinato non paga*, 745 ss., e in *Gior. dir. amm.*, 2013, 365, nota di G. Sabato.

[51] Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2013, n. 21, punto 15 in cui si afferma che“(…) *solo dopo che gli interventi siano eseguiti d’ufficio dall’autorità competente, le conseguenze sono poste a carico del proprietario anche incolpevole, posto che vi è la specifica previsione di un onere reale sulle aree che trova giustificazione proprio nel vantaggio economico che il proprietario ricava dalla bonifica dell’area inquinata*”.

[52] Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2013, n. 21, punto 15.

[53] Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2013, n. 21, punto 15, in cui si afferma che “*a carico del proprietario dell’area inquinata, che non sia altresì qualificabile come responsabile dell’inquinamento, non incombe alcun ulteriore obbligo di fare; in particolare, egli non è tenuto a porre in essere gli interventi di messa in sicurezza d’emergenza e di bonifica, ma ha solo la facoltà di eseguirli per mantenere l’area libera da pesi (art. 245). Nell’ipotesi di mancata individuazione del responsabile, o di mancata esecuzione degli interventi in esame da parte dello stesso –*

e sempreché non provvedano spontaneamente né il proprietario del sito né altri soggetti interessati – le opere di recupero ambientale sono eseguite dall'Amministrazione competente (art. 250), che potrà rivalersi sul proprietario del sito, nei limiti del valore dell'area bonificata, anche esercitando, ove la rivalsa non vada a buon fine, le garanzie gravanti sul terreno oggetto dei medesimi interventi (art. 253)".

[54] Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2013, n. 21, punto 22, in cui si afferma che *“la tesi accolta dal Collegio risulta, del resto, di gran lunga prevalente nella giurisprudenza amministrativa di primo e di secondo grado. Il Giudice amministrativo, infatti, in maniera pressoché costante, ha escluso che le norme della parte Quarta del d.lgs. n. 152/2006, possano offrire all'amministrazione una base legislativa per imporre al proprietario non responsabile misure di messa in sicurezza d'emergenza e di bonifica”*.

[55] Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2013, n. 21, punto 50, in cui si afferma che *“se i principi dell'Unione Europea in materia ambientale sanciti dall'art. 191, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dalla direttiva 2004/35/Ce del 21 aprile 2004 (articoli 1 e 8, n. 3; tredicesimo e ventiquattresimo considerando) – in particolare, il principio ‘chi inquina paga’, il principio di precauzione, il principio dell'azione preventiva, il principio, della correzione, in via prioritaria, alla fonte, dei danni causati all'ambiente – ostino ad una normativa nazionale, quale quella delineata dagli articoli 244, 245, 253 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, che, in caso di accertata contaminazione di un sito e di impossibilità di individuare il soggetto responsabile della contaminazione o di impossibilità di ottenere da quest'ultimo gli interventi di riparazione, non consenta all'autorità amministrativa di imporre l'esecuzione delle misure di sicurezza d'emergenza e di bonifica al proprietario non responsabile dell'inquinamento, prevedendo, a carico di quest'ultimo, soltanto una responsabilità patrimoniale limitata al valore del sito dopo l'esecuzione degli interventi di bonifica”*.

[56] Per quanto riguarda il principio *“chi inquina paga”*, al punto 32 l'Adunanza Plenaria osserva che *“si discute, tuttavia, sui limiti che incontra questa operazione di ‘internalizzazione’ del costo ambientale. Più nel dettaglio, ci si chiede se il danno ambientale possa essere addossato soltanto a ‘chi’ abbia effettivamente inquinato (di cui sia stata, pertanto, accertata la responsabilità) o se, al contrario, pur in assenza dell'individuazione del soggetto responsabile, ovvero di impossibilità di questi a far fronte alle proprie obbligazioni, il principio comunitario postulicomunque di evitare che il costo degli interventi gravi sulla collettività, ponendo tali costi a carico del proprietario. Ciò in quanto, escludere che i costi derivanti dal ripristino di siti colpiti da inquinamento vengano sopportati dalla collettività, costituirebbe proprio la ragion d'essere sottesa al principio comunitario del ‘chi inquina paga’”*.

[57] In merito ai principi di prevenzione e precauzione, l'Adunanza Plenaria, al punto 41, illustra i motivi che l'hanno portata ad interrogarsi sulla compatibilità tra di essi e il quadro nazionale e afferma che *“i principi di precauzione e di prevenzione potrebbero legittimare l'imposizione, a prescindere dalla prova circa la sussistenza del nesso di causalità, in capo al soggetto che, essendo proprietario del sito contaminato, si trova nelle migliori condizioni per attuarle, non solo delle misure di prevenzione descritte dall'art. 240, c. 1, lett. i) d.lgs. n. 152/2006, (già previste a suo carico dall'art. 245, c. 2, d.lgs. n. 152/2006), ma anche di misure di sicurezza di emergenza. Anche queste misure, infatti, hanno una finalità precauzionale e una connotazione d'urgenza, essendo dirette a contenere la diffusione delle sorgenti primarie di contaminazione, impedire il contatto con altre matrici presenti nel sito e a rimuoverle, in attesa di ulteriori interventi di bonifica o di messa in sicurezza operativa o permanente”*.

[58] Per quanto riguarda infine il principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, l'Adunanza Plenaria, al punto 42, conclude statuendo che *“tale principio, infatti, dispone che i danni causati all'ambiente vengano contrastati in una fase il più possibile vicino alla fonte, per evitare che i loro effetti si amplifichino e s'ingigantiscano. Nelle situazioni di impossibilità di individuare il responsabile, o d'impossibilità di evitare da questi le misure correttive, la ‘fonte’ cui il principio fa riferimento sembra potere essere ragionevolmente individuata nel soggetto attualmente proprietario del fondo, che, proprio per la sua posizione di proprietario, è quello meglio in grado di controllare la fonte di pericolo rappresentata dal sito contaminato”*.

[59] Sul punto si rinvia a C.L. Coppini, *Chi non ha inquinato non paga*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 745 ss..

L'A. osserva che *“è in relazione a tale profilo, al fine di chiarire l'ambito applicativo e gli effetti di tali principi, che si mostra necessario il ricorso alla funzione interpretativa della Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea”*.

[60] Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2013, n. 21, punto 44, in cui si afferma che *“l'Adunanza Plenaria ritiene che, nonostante la serietà degli argomenti su cui si fondano i dubbi interpretativi di cui si è trattato, la questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di Giustizia possa essere risolta in senso negativo, escludendo cioè che i richiamati principi comunitari in materia ambientale ostino ad una disciplina nazionale che non consente all'Autorità competente di imporre misure di messa in sicurezza d'emergenza e di bonifica in capo al proprietario del sito non responsabile della contaminazione, prevedendo in capo al medesimo solo una responsabilità patrimoniale limitata al valore del fondo dopo l'esecuzione degli interventi di bonifica secondo il meccanismo descritto dell'onere reale e del privilegio speciale immobiliare”*.

[61] Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2013, n. 21, al punto 49, continua considerando che *“tuttavia, ed è questo il punto che sembra decisivo ai fini della risoluzione della questione, i principi di diritto dell'Unione in materia ambientale, pur non ostando ad una responsabilità svincolata dal rapporto di causalità, non sembrano, tuttavia, imporla, demandando la regolazione di queste forme sussidiarie di responsabilità al legislatore nazionale. Tali principi, quindi, non sembrano di per sé interferire con i limiti che il legislatore nazionale ha voluto prevedere alla responsabilità del proprietario non autore della contaminazione”*.

[62] Cons. Stato, Sez. VI, 26 giugno 2013, n. 3515, cit., 745 ss., in cui si osserva che “è controversa la legittimità dell’ordine imposto al proprietario dell’area inquinata ad eseguire gli interventi di messa in sicurezza del terreno. Va quindi rimessa all’Adunanza plenaria la questione inerente i limiti della responsabilità del proprietario non colpevole dell’inquinamento”.

Infatti, in Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2013, n. 25, al punto 8 si legge che “con sentenza parziale n. 3515/2013 la Sezione VI ha deciso come sopra sintetizzato, ‘rimettendo l’affare a questa Adunanza plenaria’, onde verificare quale sia la concreta distribuzione degli obblighi tra l’autore dell’inquinamento – sia o meno esso proprietario dell’area – ed il proprietario che risulti tale nel momento in cui l’amministrazione ordina le misure imposte dalla legge”.

[63] Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2013, n. 25, in *Riv. giur. amb.*, 2014, 62 ss., con nota di E. Maschietto, *Ancora una remissione alla Corte di Giustizia da parte dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: l’ordinanza n. 25 del 2013*. Il “proprietario incolpevole” resta fuori dalla responsabilità ambientale rispettando il principio comunitario chi inquina paga.

[64] D. Giannini, *Il proprietario di un’area inquinata non autore dell’inquinamento non è tenuto alla bonifica*, cit., 567.

[65] Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2013, n. 25, al punto 11 osserva che “in base ad un primo orientamento, al quesito andrebbe data risposta in senso positivo, avuto riguardo al principio di matrice comunitaria compendiato nella formula secondo la quale ‘chi inquina, paga’. In altri termini, secondo questa prima impostazione, il principio appena richiamato dovrebbe essere inteso con un’ampia accezione interpretativa per cui la responsabilità degli operatori economici proprietari o utilizzatori di aree industriali ricadenti nell’ambito di siti inquinati si qualificerebbe quale oggettiva responsabilità imprenditoriale, conseguente all’esercizio di un’attività ontologicamente pericolosa”.

[66] R. Bianchini, *Terreno inquinato: legittimo imporre bonifica al proprietario non responsabile?*, in *www.altalex.it*.

[67] Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2013, n. 25, al punto 12 afferma che “in base ad un opposto orientamento (in particolare, Cons. Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2013 n. 56 e 18 aprile 2011 n. 2376), non vi sarebbero, invece, ragioni testuali o sistematiche per far gravare in capo al proprietario dell’area gli obblighi di adozione delle misure di cui alle disposizioni più volte citate”.

[68] Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2013, n. 25, punto 24.

[69] Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2013, n. 25, punto 25.

[70] Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2013, n. 25, punto 17 in cui si afferma che “la scelta del legislatore di evocare la figura obsoleta dell’onere reale può spiegarsi solo ammettendo che il proprietario incolpevole non sia tenuto ad una prestazione di facere (di cui è gravato solo il responsabile), ma sia tenuto solo a garantire, nei limiti del valore del fondo, il pagamento delle spese sostenute dalla pubblica amministrazione che abbia eseguito direttamente gli interventi di messa in sicurezza e di bonifica. In altre parole, si deve ritenere che il riferimento all’onere reale non valga a far diventare obbligatorio ciò che (l’intervento di bonifica) poco prima (art. 245) il legislatore abbia qualificato in termini di una mera facoltà, quanto, piuttosto, a far gravare sul fondo il rimborso delle spese sostenute dall’autorità che abbia provveduto d’ufficio all’intervento (e, quindi, semmai, a far diventare quella facoltà un onere)”.

[71] E. Maschietto, *Ancora una remissione alla Corte di Giustizia da parte dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: n. 25 del 2013*, cit., 62 ss..

[72] Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2013, n. 25, Punto 49: “Tuttavia, ed è questo il punto che sembra decisivo ai fini della risoluzione della questione, i principi del diritto dell’Unione in materia ambientale, pur non ostando, alle condizioni appena viste, ad una responsabilità svincolata dal rapporto di causalità, non sembrano, tuttavia, imporla, demandando la regolazione di queste forme sussidiarie di responsabilità al legislatore nazionale. Tali principi, quindi, non sembrano di per sé poter interferire con i limiti che il legislatore nazionale abbia voluto porre alla responsabilità del proprietario che non sia stato autore della contaminazione”.

[73] Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2013, n. 25, Punto 27: “L’Adunanza plenaria ritiene necessario acquisire dalla Corte di giustizia alcuni elementi interpretativi dei richiamati principi comunitari, anche al fine di valutare la compatibilità con essi della normativa nazionale, onde pronunciarsi sulla causa di cui è stata investita”.

[74] Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2013, n. 25, Punto 28.

[75] Corte di Giustizia UE, 4 marzo 2015, in causa C-534/13, in *www.lexitalia.it*.

[76] Con l’ordinanza 8 luglio 2013 il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, è intervenuto su tre ricorsi presentati dal Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare avverso altrettante sentenze del T.A.R. della Toscana con cui, quest’ultimo aveva accolto i ricorsi di tre società che avevano acquistato delle aree già appartenute ad altra società e interessate da gravi fenomeni di inquinamento. In particolare, le società ricorrenti avevano ottenuto l’annullamento degli

atti con cui alcuni soggetti pubblici avevano loro ordinato – in qualità di proprietari delle aree – di avviare specifiche misure di messa in sicurezza di emergenza di cui al Titolo V della parte IV del Codice dell'ambiente, nonché di presentare la variante al progetto di bonifica delle aree risalente al 1995. Nel caso esaminato dal Consiglio di Stato, il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare ha ritenuto che il principio di matrice comunitaria ex art. 191 TFUE, “*chi inquina paga*”, dovesse essere interpretato nel senso che la responsabilità delle società ricorrenti, in quanto operatori economici proprietari di aree industriali ricadenti nell'ambito di siti inquinati, dovrebbe essere qualificata come responsabilità oggettiva imprenditoriale, a prescindere dalla prova in ordine all'addebitabilità dell'inquinamento alla condotta delle stesse. Quindi, il Ministero ha chiesto che gli oneri per la messa in sicurezza delle aree fossero addebitati a carico delle ricorrenti. La Sezione Sesta del Consiglio di Stato ha respinto l'istanza di sospensione cautelare degli effetti delle sentenze impugnate e ha emesso ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria al fine di comprendere, in base al principio comunitario “*chi inquina paga*”, quale fosse la distribuzione degli obblighi per la realizzazione delle misure di messa in sicurezza di emergenza delle aree inquinate tra l'autore dell'inquinamento e il proprietario delle aree stesse. All'interno dell'ordinanza di rimessione, il Consiglio di Stato ha evidenziato le differenti posizioni giurisprudenziali che sono state registrate in merito e che hanno ritenuto talvolta legittima (Consiglio di Stato, Sez. II, 23 settembre 2011, parere n. 2038/2012) e talaltra illegittima (in particolare, Cons. Stato, Sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2376; Cons. Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 56) l'imposizione, in capo al proprietario non responsabile, dell'obbligo di porre in essere le misure di sicurezza di emergenza.

L'Adunanza Plenaria, in conclusione, ha ritenuto che la pubblica amministrazione non dovrebbe potere imporre al proprietario di un'area inquinata, che non sia stato autore dell'inquinamento, l'obbligo di porre in essere le misure di messa in sicurezza di emergenza e di bonifica. Il Consiglio di Stato, infatti, ha ritenuto che gli articoli da 239 a 253 contenuti nel Titolo V, Parte IV, d.lgs. n. 152/2006, operino una netta distinzione tra la figura del responsabile dell'inquinamento e quella del proprietario dell'area che non abbia causato o concorso a causare la contaminazione. Al riguardo, l'Adunanza Plenaria, dopo alcuni cenni in ordine all'assetto delle disposizioni del decreto legislativo n. 152/2006 con specifico riferimento agli obblighi ricadenti a carico del responsabile dell'inquinamento e del proprietario dell'area, ha identificato la tesi accolta e lungamente prevalente nella giurisprudenza amministrativa. All'esito di tale analisi, quindi, il Consiglio di Stato ha registrato che: (i) il proprietario di un'area inquinata è tenuto solo ad adottare le misure di prevenzione previste all'art. 240, c. 1, lett. l), misure di riparazione in caso di minaccia imminente o pericolo di danno ambientale nel futuro prossimo; (ii) gli interventi di riparazione, messa in sicurezza, bonifica e ripristino gravano esclusivamente sul responsabile dell'inquinamento; (iii) qualora tale responsabile non sia individuabile o non provveda (e non provveda spontaneamente il proprietario del sito o altro soggetto interessato) gli interventi che risultassero necessari sono adottati dalla pubblica amministrazione competente, la quale, successivamente potrà agire in rivalsa contro il proprietario che risponde nei limiti di valore di mercato dell'area risultante a seguito degli interventi medesimi in quanto beneficiario.

Alla luce di quanto sopra, il Consiglio di Stato ha quindi formulato un quesito pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea volto ad accertare se i principi dell'Unione Europea in materia ambientale sanciti dall'art. 191, par. 2, del TFUE e dalla direttiva 2004/35/CE del 21 aprile 2004 (articoli 1 e 8, n. 3; tredicesimo e ventiquattresimo considerando) – in particolare, il principio “*chi inquina paga*”, il principio di precauzione, il principio dell'azione preventiva, il principio, della correzione, in via prioritaria, alla fonte, dei danni causati all'ambiente – ostino ad una normativa nazionale, quale quella delineata dal Codice dell'ambiente, interpretata nel senso sopra indicato.

[77] Sul punto, sia consentito rinviare a R. Leonardi, *L'esclusione della legittimazione ad agire degli enti locali nell'azione risarcitoria in tema di danno ambientale*, cit., 2925 ss..

[78] F. de Leonardis, *Il principio di precauzione*, cit., 265, considera il principio di adeguatezza un principio cardine dell'azione amministrativa e dell'organizzazione delle funzioni in materia ambientale.

Osserva l'A. che “il principio di adeguatezza, che postula la differenziazione nell'allocatione delle funzioni in considerazione delle diverse caratteristiche associative, demografiche, territoriali e strutturali degli enti riceventi, ricomprende tutti i principi fondamentali dell'organizzazione ed essi, di fatto, costituiscono sue varianti: esso include il principio di sussidiarietà in senso orizzontale (il potere pubblico può sostituirsi alla società civile esclusivamente nelle ipotesi in cui quest'ultima non riesca adeguatamente a conseguire determinati obiettivi) e verticale (l'organizzazione superiore si sostituisce a quella inferiore con esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime”.

[79] Sul punto la giurisprudenza è pacifica. *Ex multis*, v. TAR Sardegna, Sez. II, 20 giugno 2011, n. 636, in questa *Rivista*, 2011, 1372; Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2249, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 4, 1279; TAR Toscana, Sez. II, 6 luglio 2010, n. 2316, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 2365.

[80] I principi di prevenzione e di precauzione vengono fusi in una sorta di ideale endiadi anche da P. Savona, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, 355 ss..

Il principio di precauzione e di prevenzione sono stati oggetto nel tempo di una crescente attenzione da parte della dottrina soprattutto per la loro trasversalità e le implicazioni sistematiche che essi comportano.

Su tali principi, si veda L. Pineschi, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. Ferrara, M.A. Sandulli, I, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, a cura di, R. Ferrara, C.E. Gallo, cit., 135 ss.; P. Lombardi, *Piano regionale di tutela delle acque e infrastrutture necessarie*, in questa *Rivista*, 2014, 111 ss.; M. Montini, *Evoluzione, principi e fonti del diritto internazionale dell'ambiente*, in E. Picozza, P. Dell'Anno, a cura di, *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 33 ss.; R. Ferrara, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"*, in questa *Rivista*, 2012, II, 61; S. Grassi, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, 87 ss.; V. Parisio, *Principe de precaution et organisation administrative*, in Amel Aouij-Mrad, a cura di, *Quelles précautions pour quels risques? Regards croisés sous les responsabilités scientifiques de Amel Aouij-Mrad*, Collections Forum des Juristes n. XV, Latrah Edition, 2011, 265 ss.; Id., *Protection juridique de l'environnement et mondialisation en Italie*, in J. Morand-Deviller, J.C. Bonichot, *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques: l'exemple du droit de l'environnement*, Iris, 2010, 271 ss.; F. de Leonardis, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *www.rqda.it*, n. 2/2011; B. Marchetti, *Il principio di precauzione*, in Aa.Vv., *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. Sandulli, a cura di, Milano, 2011, 149 ss.; S. Grassi, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente, ivi*, 1394 ss.; R. Leonardi, *IL principio di precauzione*, in Aa.Vv., *Il codice dell'ambiente*, a cura di, S. Nespore, A.L. De Cesaris, Milano, Agg. 2011; F. de Leonardis, *Il principio di precauzione nella recente codificazione*, in *Studi sul Codice dell'ambiente*, a cura di, M.P. Chiti, R. Ursi, Torino, 2009, 77 ss.; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007, 245 ss.; G. Cocco, *Ambiente. Il sistema organizzativo ed i principi fondamentali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da, M.P. Chiti, G. Greco, Milano, Parte speciale, I, 2007, 181 ss.; A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; F. de Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005.

[81] A titolo esemplificativo, v. in giurisprudenza, TAR Piemonte, 21 novembre 2008, n. 2928, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si afferma che “il terreno sottoposto a fenomeni di inquinamento è senz'altro soggetto ad espropriazione, che il proprietario, ancorché non responsabile, ha l'onere di evitare ponendo in essere gli interventi di bonifica alla stregua del soggetto responsabile”.

[82] Sul punto, v. TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 30 maggio 2014, n. 1373, in *Diritto e giustizia*, 16 giugno 2014.

F. Giampietro, *Bonifica dei siti inquinati*, cit., 284, afferma che “la previsione dell'art. 253, c. 4, del Codice, derivi dal principio dell'ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c. e, pertanto, sia criticabile, in quanto pone a carico della pubblica amministrazione i gravosi oneri probatori di cui al c. 3, evitabili, attesa la natura residuale dell'azione di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c.”.

[83] Sul punto, v. TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 4 novembre 2014, n. 2631, in *www.lexitalia.it*; TAR Marche, Sez. I, 21 marzo 2014, n. 360, *ivi*; Cons. Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 56, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 5, 556 ss., nota di P. Bertolini, *Il principio di proporzionalità e l'accertamento del nesso di causalità nei procedimenti relativi alla bonifica di siti inquinati*.

Inoltre, v. A. Carapellucci, “*Chi inquina paga*”: il punto su responsabilità dell'inquinatore e proprietario incolpevole nella bonifica dei siti inquinati, nota a TAR Piemonte, Sez. I, 24 marzo 2010, n. 1575, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1893, secondo il quale il nesso di causalità tra la condotta del responsabile e la contaminazione riscontrata deve essere accertato applicando la regola probatoria del “più probabile che non”. Pertanto, il suo positivo riscontro può basarsi anche su elementi indiziari, quali la tipica riconducibilità dell'inquinamento rilevato all'attività industriale condotta sul fondo.

La regola del “più probabile che non” è stata codificata nel processo civile nel *leading case* di Cass., Sez. Un. Civ., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 841.

[84] È di estremo interesse il tema degli effetti della tutela dell'ambiente sul sistema economico e sugli operatori economici.

Per un approfondimento si rinvia a S. Nespore, *Regole ambientali e crescita economica: riflessioni su un recente studio dell'OCSE*, in *www.federalismi.it*, 27/2015; M. Cafagno, F. Fonderico, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in P. Dell'Anno, E. Picozza, a cura di, *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 487 ss.; F. de Leonardis, *Precauzione e tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Rischio di impresa e tutela dell'ambiente*, a cura di, G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, L. Perfetti, Napoli, 2012, 19 ss.; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., 327 ss..

[85] Sul punto, v. F. degli Innocenti, *Contratto e impresa*, 2013, 3, 741, il quale osserva che se “il significato facilmente intuibile dell'espressione ‘chi inquina paga’ è che gli effetti negativi dell'inquinamento (e quindi i costi che ne derivano) devono gravare sugli inquinatori, non quindi sui soggetti incolpevoli né sulla collettività, è chiaro che in questo contesto il principio ‘chi inquina paga’ interverrebbe quale strumento che consentirebbe di attribuire alle risorse ambientali coinvolte nelle attività produttive un prezzo che verrebbe ‘contabilizzato’ dalle imprese fra i costi di gestione: operazione, questa, che presuppone la preesistenza delle regole che permettono questa ‘contabilizzazione’ ai comportamenti rispetto ai quali la ‘contabilizzazione’ stessa debba, ma anche possa, essere effettuata”.

[86] Il tema degli obblighi e della responsabilità d'impresa è sviluppato da A. Barone, *Il diritto del rischio*, cit., 96 ss..

[87] Sul punto, v. ancora A. Barone, ult. cit., 97.

[88] In tema di bilanciamento di valori, osserva M. Renna, *I principi*, cit., che “la delicatezza del tema si percepisce riflettendo sul fatto che le disposizioni di tutela ambientale costituiscono pur sempre l’esito di un bilanciamento di interessi, il raggiungimento di un punto di equilibrio tra valori antagonisti, e che, pertanto, l’idea di una massima tutela dell’ambiente, a tutti i costi, non è praticabile”.

Il tema è ripreso anche da M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela*, cit., 201 s., il quale richiama la giurisprudenza della Corte costituzionale (*ex multis*, v. Corte cost., n. 108/2005), secondo la quale l’asserita primarietà dell’ambiente non accredita un postulato di preminenza dell’ambiente sugli altri valori costituzionali. Il principio di primarietà impone piuttosto alle istituzioni di non estromettere il valore dell’ambiente dalle operazioni di bilanciamento che nondimeno restano come tali libere di confluire in equilibri di volta in volta diversi, in rapporto al peso relativo degli interessi in gioco.

In questi termini, v. Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, in questa *Rivista*, 2004, I, 1137, in cui si afferma che “*gli interessi relativi alla tutela del paesaggio come forma del territorio e dell’ambiente, sono qualificabili come valori costituzionali primari, ma tale primarietà non legittima un primato assoluto, ma che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni?*”.

Sul punto in dottrina, v. G. Caia, *La gestione dell’ambiente: principi di semplificazione e di coordinamento*, in Aa.Vv., *Ambiente e diritto*, a cura di, S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio, a cura di, Firenze, 1999, 237 ss..

[89] Sul punto, v. R. Invernizzi, *Inquinamenti risalenti*, cit., 970.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2658 – 15 febbraio 2023

Il soccorso istruttorio e l'omologazione del concordato in continuità nelle procedure ad evidenza pubblica (nota a Cons. St., Sez. III, n. 9147/2022)

di Tania Linardi

Sommario: 1. Fatto e vicenda processuale. 2. Sulla portata applicativa del soccorso istruttorio della stazione appaltante. Brevi cenni: casistica giurisprudenziale. 2.1. La posizione del Consiglio di Stato sull'operatività del soccorso istruttorio in caso di mancata presentazione della domanda di partecipazione. 3. Sugli effetti dell'omologazione del concordato: il dibattito giurisprudenziale e la soluzione adottata nel caso in esame. 4. Rilievi conclusivi: verso l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici.

1. Fatto e vicenda processuale.

I fatti da cui scaturisce la vicenda posta alla base del presente commento riguardano gli esiti di una procedura indetta per l'affidamento del servizio di vigilanza attiva e passiva di un'Azienda ospedaliera sita in Campania, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel particolare, la società classificatasi in seconda posizione presentava ricorso avverso la deliberazione del Direttore generale con cui veniva aggiudicato il lotto numero 1 della suddetta procedura negoziata. Le censure ivi enunciate concernevano l'asserita sussistenza di tre ordini di ragioni in grado di comportare l'esclusione della società dalla procedura: (a) la mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara; (b) il mancato ottenimento dell'autorizzazione di cui all'art. 186 *-bis*, comma 4, R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (Legge

fallimentare); (c) una situazione di grave irregolarità contributiva dell'operatore aggiudicatario. Inoltre, la ricorrente deduceva la presenza di un'erronea valutazione delle offerte tecniche, l'illegittima modifica dei criteri di valutazione delle offerte, nonché l'incompetenza dei componenti della commissione di gara.

Sul punto, il Tribunale Amministrativo Regionale competente, con la sentenza n. 4325 del 24 giugno 2022, disponeva il rigetto di tutti i motivi di ricorso.

Quanto al primo motivo, il Collegio chiariva che, alla luce della formulazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, dovesse ritenersi attratta nel perimetro applicativo della norma anche l'ipotesi della mancata presentazione della domanda di partecipazione *“allorquando, come nella specie, non risulti affatto pregiudicato l'interesse sostanziale dell'amministrazione, in ragione della possibilità di desumere – dall'offerta tecnica ed economica del concorrente, nonché dal DGUE (comunque presentati nel rispetto dei termini di scadenza e dei requisiti partecipativi richiesti a tale data) – non solo la sicura manifestazione di volontà, sia pure non formalmente espressa, riferibile ad un preciso operatore economico, di partecipare alla gara, ma anche il complesso delle informazioni rilevanti ai fini della partecipazione (...).*

Ancor più nel particolare, il Tar precisava che dovesse ritenersi esclusa l'applicazione della sanzione espulsiva, invece invocata dalla ricorrente, in ragione della natura meramente formale e non sostanziale riconducibile all'ipotesi della mancata presentazione della domanda di partecipazione da parte dell'operatore economico. Si riteneva, infatti, sproporzionata siffatta sanzione, ponendosi essa in contrasto con la logica della massima partecipazione nell'ottica della più ampia concorrenza nel mercato di riferimento.

Ulteriormente, per quel che rileva ai fini della presente trattazione, il Collegio respingeva anche il motivo di ricorso concernente la sussistenza di un motivo di esclusione per non aver l'aggiudicatario richiesto al giudice delegato l'autorizzazione alla partecipazione alla gara, pur essendo coinvolta in una procedura di concordato preventivo con continuità aziendale.

In proposito, il Collegio evidenziava che, a seguito dell'intervento dell'omologa del concordato preventivo, l'operatore economico dovesse ritenersi collocato nella separata fase di esecuzione, quale momento non riconducibile alla procedura concordataria propriamente intesa ormai già conclusa, come desumibile anche dall'art. 181, l. fallimentare. In termini, testualmente si precisava che, dopo l'omologazione, *“(..)* l'impresa riacquista la piena capacità di agire ai fini del compimento di tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, in ragione della restituzione della capacità di disporre del proprio patrimonio e di gestire l'azienda in capo all'organo gestorio, che deve operare nel rispetto del piano, senza necessità di autorizzazione, ferma restando la vigilanza degli organi della procedura”. Nel solco di tali rilievi, i Giudici ponevano in luce la funzione meramente di “controllo” ascritta al commissario giudiziale, ragion per cui l'impresa non avrebbe necessitato di alcuna specifica autorizzazione ai fini della regolare partecipazione alle gare pubbliche. In altri termini, si riteneva non applicabile l'art. 186 *bis*, co. 4, l. fallimentare, in quanto riferibile alla differente ipotesi in cui non vi fosse l'omologazione del concordato.

Così, veniva proposto appello avverso la suesposta decisione, evidenziandosi taluni profili di contraddittorietà. Dall'analisi della stessa giurisprudenza richiamata dai giudici di prime cure ai fini della risoluzione della questione giuridica, infatti, si desumeva che il soccorso istruttorio non avrebbe consentito *“all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte”*.

Inoltre, si osservava che, in ossequio a quanto previsto dal Disciplinare di gara, la controinteressata avrebbe dovuto inserire alcune specifiche “*dichiarazioni integrative*”, non desumibili nemmeno implicitamente dagli altri documenti prodotti.

Secondo quanto sancito da parte della giurisprudenza civile^[1], si precisava che l'omologazione non fosse di per sé sola idonea ad attribuire al debitore la piena disponibilità del patrimonio, essendo quest'ultimo in ogni caso “*vincolato all'attuazione degli obblighi da lui assunti con la proposta omologata*”, ai sensi degli artt. 180 e 185 della legge fallimentare. Si evidenziava, altresì, anche la posizione di quella giurisprudenza del Consiglio di Stato^[2] a detta della quale, a seguito dell'omologazione, l'operatore economico non riacquisterebbe la piena capacità di agire, che sarebbe, invece, ottenibile in sede di adozione del decreto teso ad accertare l'adempimento del piano concordatario.

Quindi, ai sensi degli indirizzi giurisprudenziali sopra richiamati, la parte appellante sosteneva che, nella fase successiva alla pronuncia di omologazione, l'operatore avrebbe dovuto richiedere (ed ottenere) una specifica autorizzazione da parte del giudice delegato ai fini della regolare partecipazione alle gare pubbliche.

2. Sulla portata applicativa del soccorso istruttorio della stazione appaltante. Brevi cenni: casistica giurisprudenziale.

L'istituto del soccorso istruttorio, specie con riferimento alle procedure ad evidenza pubblica, svolge un ruolo essenziale nella graduazione dei poteri espulsivi dell'Amministrazione, imponendo, alle condizioni normativamente previste, l'attivazione di quel “*dialogo procedimentale*”^[3] con gli operatori economici teso a colmare talune carenze o errori nella produzione dei documenti di gara. ^[4]

In via generale, il meccanismo del c.d. soccorso istruttorio procedimentale è rinvenibile nell'art. 6, co. 1, lett. b), legge n. 241 del 1990, ascrivendosi tra i compiti del responsabile del procedimento, il quale, secondo la formulazione letterale della norma in esame, “*può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali*”.

Sul punto, la dottrina ha evidenziato la valenza molto ampia di tale istituto, tanto da qualificarlo alla stregua di un vero e proprio principio di portata generale inserito nel contesto di un'ottica collaborativa^[5], essendo ravvisabile un potere-dovere in capo alla P.A. di chiedere le integrazioni documentali o delle dichiarazioni fornite dal privato nell'ambito della fase istruttoria del procedimento amministrativo^[6].

Ciò emerge anche dall'analisi sistematica delle norme collocate nel Capo II, rubricato *Responsabile del procedimento*, della Legge generale sul procedimento amministrativo, ove dalla lettura degli artt. 4, 5, 6 si desume l'assoluta centralità della fase istruttoria e delle attività connesse, in quanto prodromiche all'adozione del provvedimento finale^[7]. Per tale ragione, anche a livello terminologico, si assiste, con riferimento ai compiti assegnati al responsabile del procedimento, all'utilizzo da parte del Legislatore di talune formule lessicali spesso molto ampie e dal contenuto indeterminato, in grado di abbracciare un'ampia varietà di ipotesi concrete, sempreché finalisticamente orientate a garantire l'adeguatezza e la

ragionevole celerità dell'istruttoria ai fini dell'adozione del provvedimento finale [8], in ossequio ai criteri di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, di cui all'art. 1, legge n. 241 del 1990.

In sede pretoria, l'istituto *de quo* è stato qualificato come uno strumento in grado di incentivare la leale collaborazione tra i privati e l'Amministrazione procedente, quale corollario del canone del buon andamento amministrativo cristallizzato nell'art. 97 della Carta costituzionale[9]. Tuttavia, si è evidenziato come la valenza operativa del c.d. soccorso istruttorio procedimentale non abbia, in realtà, una portata assoluta ed illimitata, dovendosi effettuare, specie nelle procedure selettive, un ragionevole bilanciamento con il principio di "autoresponsabilità" gravante sui candidati. Essi, infatti, sono tenuti a rispettare quegli obblighi minimi di cooperazione nella presentazione e compilazione dei documenti, ove ciò sia richiesto in modo chiaro dalla legge di gara e non comporti particolari oneri o difficoltà tecnico informatiche, nell'ottica del rispetto del principio della *par condicio* tra i concorrenti[10]. Tali obblighi di correttezza, come noto, troverebbero specifica copertura costituzionale negli artt. 2 e 97 Cost., che costituiscono il fondamento sostanziale del principio della solidarietà[11] e della autoresponsabilità[12].

In concreto, le problematiche connesse all'attività interpretativa di bilanciamento tra i suddetti principi talvolta venivano risolte ritenendo ammissibile il ricorso al meccanismo del soccorso istruttorio soltanto nelle ipotesi in cui fosse necessario effettuare una mera attività di regolarizzazione documentale.[13] Invece, si escludeva l'operatività del soccorso in caso di integrazione di documenti non prodotti dal privato e richiesti a pena di esclusione[14] oppure nelle ipotesi di carenza non sanabile, laddove afferente ad un elemento essenziale della domanda[15].

Circa la natura giuridica del potere di soccorso, pur non registrandosi unanimità di vedute nella giurisprudenza, di recente appare prevalere quell'indirizzo interpretativo che qualifica l'invito del responsabile del procedimento alla regolarizzazione non già in termini di mero potere[16], bensì quale vero e proprio "dovere"[17].

Quest'ultima impostazione appare rinvenibile soprattutto nel settore delle procedure ad evidenza pubblica, anche nella vigenza del codice del 2006[18], specie a far data dalle modifiche apportate agli artt. 46 e 38, d. lgs. n. 163 del 2006, dalla l. n. 114 del 2014. È stato, infatti, introdotto un meccanismo dal contenuto più ampio che presenta i caratteri della doverosità, essendo esperibile il soccorso istruttorio anche per consentire integrazioni di documenti non prodotti dai concorrenti. In tal modo, infatti, è stata valorizzata maggiormente la portata applicativa del principio del *favor participationis* e la prevalenza della "sostanza" (quanto alla verifica della effettiva sussistenza dei requisiti di partecipazione, nonché della capacità tecnica ed economica degli operatori), rispetto alle esigenze di mero formalismo, potenzialmente idonee ad introdurre talune barriere all'ingresso nel mercato contrattuale di riferimento.[19]

Il carattere doveroso[20] dell'attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante è evincibile anche dall'attuale formulazione dell'art. 83, co. 9[21], d.lgs. n. 50 del 2016[22], ove si prevede che "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio (...)". La disposizione in commento prosegue, poi, enucleando più nel dettaglio le differenti ipotesi mediante le quali tali "carenze" potrebbero manifestarsi, richiamando la più grave forma della "mancanza", nonché quella

della “incompletezza” degli elementi prodotti. Il carattere non tassativo dell’elenco presente nella norma in esame si desume dal successivo riferimento ad “ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’art. 85”. L’ampiezza di tale “clausola aperta”, idonea a ricomprendere potenzialmente al suo interno una varietà indefinita di situazioni suscettibili di ricadere nel perimetro applicativo del soccorso istruttorio, ha consentito alle elaborazioni pretorie di chiarirne, di volta in volta, la concreta operatività. L’unico limite espressamente previsto dal Legislatore quanto all’ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio concerne, infatti, i casi di carenze relative all’offerta economica e tecnica, nonché quelle in grado di compromettere “l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”, qualificate in termini di irregolarità essenziali non sanabili.

In giurisprudenza, le numerose problematiche interpretative emerse *in subjecta materia* hanno riguardato, a titolo meramente esemplificativo, le ipotesi di irregolarità afferenti alla domanda partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. Come anticipato, il comma 9 dell’art. 83 cit. sancisce espressamente, nell’*incipit*, che mediante il soccorso istruttorio possono essere sanate le “carenze di qualsiasi elemento formale della domanda”, lasciando aperta la questione interpretativa relativa all’esatta perimetrazione delle tipologie di vizi formali suscettibili di ricadere nello spazio di operatività della norma. Appare desumibile, effettuando un’interpretazione *a contrario* della disposizione, che i vizi sostanziali inficianti la domanda non potrebbero essere sanati dal meccanismo del soccorso istruttorio. La disposizione in commento sembrerebbe sancire, a livello letterale, che l’operatività del soccorso sia subordinata alla presenza di una carenza di un elemento della domanda, non già della domanda di partecipazione *tout court*. [23] Tuttavia, la giurisprudenza più recente appare tendenzialmente orientata ad adottare un approccio di stampo eminentemente sostanzialistico, a seconda delle specificità del singolo caso concreto, ritenendo che l’operatore economico che non abbia allegato la domanda di partecipazione non possa, solo per tale ragione, automaticamente essere escluso dalla procedura se la volontà di partecipare alla gara sia comunque desumibile in modo inequivoco dagli altri documenti prodotti [24] e se ciò non si traduca in un’incertezza sulla provenienza dell’offerta o sul suo contenuto.

Ulteriore ipotesi analizzata recentemente dalla giurisprudenza concerne la valutazione delle conseguenze derivanti dalla mancata produzione, da parte di un operatore economico, di un attestato di equipollenza di un titolo di studio estero nell’ambito della procedura di gara. Nel particolare, nell’ambito del giudizio di appello [25] è stata ritenuta illegittima l’esclusione dell’impresa dal procedimento di gara per il solo fatto di non aver prodotto tale attestato. Invero, si evidenziava come la stazione appaltante avrebbe potuto dare seguito al soccorso istruttorio, anche sollecitando la produzione del certificato, nonché prendere in considerazione alternativamente il *curriculum* di altra risorsa che la società aveva prodotto. In ogni caso, si precisava che il documento *de quo* dovesse includersi tra la documentazione amministrativa a comprova dei requisiti che, se incompleta come nel caso di specie, era suscettibile di integrazione in sede di soccorso istruttorio, nel solco del principio del *favor participationis*. Sussistendo in concreto i requisiti richiesti, infatti, si evidenziava come nessun *vulnus* dovesse rintracciarsi al principio della *par condicio* tra i concorrenti. [26]

Viene in rilievo anche la questione sulla mancata iscrizione di un operatore economico ad una piattaforma telematica, in termini di esclusione dalla procedura, nel caso in cui ciò sia previsto ai fini della regolare partecipazione alla gara. Interessanti taluni dei rilievi effettuati nel caso di specie dal Collegio, che precisava come: “a prescindere dal fatto che l’iscrizione alla piattaforma informatica Me.PA sia stata qui intesa quale mera modalità procedimentale ovvero come

requisito di qualificazione o di idoneità professionale, va comunque sempre data sostanziale prevalenza, rispetto alla mera proceduralizzazione formale, alla garanzia della piena concorrenzialità e massima partecipazione alle gare, cui la stessa digitalizzazione è preordinata”. [27]

Così, dalle suddette pronunce passate in rassegna emerge la prevalenza di quegli orientamenti “estensivi” sulla portata applicativa dell’istituto del soccorso istruttorio di cui all’art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50 del 2016, assistendosi, in via generale, ad una valorizzazione del dato sostanziale e ad una riduzione dell’incidenza dei vizi meramente formali della produzione documentale nell’ambito delle procedure di gara, nonché nelle ipotesi delle procedure comparative e di massa.[28]

2.1. La posizione del Consiglio di Stato sull’operatività del soccorso istruttorio in caso di mancata presentazione della domanda di partecipazione.

Poste tali premesse su alcuni dei recenti orientamenti giurisprudenziali registratisi sul tema, occorre ora soffermarsi sulle considerazioni effettuate dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 9147 del 2022.

In primo luogo, viene in rilievo il motivo di appello finalizzato a contestare la mancata esclusione dell’operatore economico aggiudicatario per non aver prodotto la domanda di partecipazione alla procedura di gara, ipotesi asseritamente ritenuta insuscettibile di integrazione postuma mediante l’istituto del soccorso istruttorio. Ciò in ragione della circostanza che il soccorso istruttorio non consentirebbe all’offerente di “*formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte*”.

Preliminarmente, il Collegio evidenzia l’ampiezza del tema relativo alla distinzione delle ipotesi integranti mere imperfezioni della documentazione prodotta dall’operatore concorrente, rientrante nel perimetro applicativo del soccorso istruttorio, rispetto a quelle idonee ad escludere dalla gara il concorrente.

Più nel particolare, nell’ambito dell’analisi esegetica dell’art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50 del 2016, il Consiglio di Stato pone l’attenzione sull’assoluta centralità del criterio discrezionale tra le due categorie di vizi poc’anzi illustrate: il carattere formale, o meno, dell’errore inficiante la documentazione di gara. Al riguardo, si sancisce espressamente che “*le carenze formali, emendabili mediante il soccorso istruttorio, sono, in senso ampio, tutte quelle attinenti alla estrinsecazione della dichiarazione partecipativa e di quelle accessorie, come ad esempio le dichiarazioni aventi ad oggetto il possesso dei requisiti di partecipazione, comprese le lacune, di carattere più radicale, consistenti nella mancanza stessa della dichiarazione o di sue componenti essenziali (...)*”.

Ulteriormente, si precisa che la distinzione tra i vizi dei requisiti partecipativi meramente formali e quelli più gravi aventi natura sostanziale debba rinvenirsi nella contrapposizione, rilevante ai fini dell’applicazione dell’art. 83, co. 9, in commento, tra “*esistenza ab initio del requisito medesimo (riconducibile, appunto, all’aspetto “sostanziale” della fattispecie partecipativa ed insuscettibile di venire ad esistenza a posteriori, veicolato dal soccorso istruttorio) e sua dichiarazione (attinente all’aspetto “formale” della stessa e in quanto tale, in base alla citata disposizione, sempre regolarizzabile)*”.

Così, al fine di comprendere quali siano le conseguenze imputabili all’operatore aggiudicatario per non aver prodotto la domanda di partecipazione alla procedura di gara, il Collegio ritiene utile chiarire che il contenuto essenziale della domanda è quello riconducibile

agli elementi che debbono preesistere alla scadenza del termine di presentazione delle offerte. Nel caso in cui questi venissero tardivamente prodotti, infatti, si evidenzia come si darebbe luogo ad una inammissibile partecipazione tardiva dell'operatore stesso, ipotesi verificabile ad esempio ove una domanda di partecipazione non risulti assolutamente rilevabile “*nemmeno de relato da altre componenti della documentazione di gara (...)*”. [29]

Invece, si ritiene che possa considerarsi sanabile quella “*carezza strettamente formale della sua manifestazione esteriore, come accade nel caso in cui la suddetta volontà, pur non consacrata in un documento all'uopo destinato, conforme al modello eventualmente predisposto dalla stazione appaltante, sia comunque desumibile da altri documenti di gara, come nella specie – secondo il ragionamento svolto dal T.A.R. – dal DGUE*”.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Sezione ha, quindi, disposto il rigetto del corrispondente motivo di appello, per l'effetto confermando *in parte qua* la sentenza del giudice di prime cure.

3. Sugli effetti dell'omologazione del concordato: il dibattito giurisprudenziale e la soluzione adottata nel caso in esame.

Come anticipato, altro nodo problematico affrontato dal Consiglio di Stato nella sentenza oggetto della presente trattazione concerne la *quaestio iuris* relativa alla discussa necessità di ottenere una specifica autorizzazione giudiziale, ai fini della partecipazione ad una gara pubblica, per l'impresa coinvolta in un concordato preventivo con continuità aziendale[30], anche nel segmento temporale successivo all'intervento del decreto di omologazione[31], di cui all'art. 180, co. 3, R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (Legge fallimentare)[32].

Il Consiglio di Stato si sofferma, in particolare, sull'analisi esegetica della disposizione di cui all'art. 186 *bis* L.F., riscontrando talune criticità, stante l'assenza di un'espressa indicazione del *dies ad quem* di operatività dell'obbligo di acquisire la suddetta autorizzazione giudiziale.[33] Da ciò si fa, infatti, discendere la prospettazione di due differenti opzioni interpretative.

Secondo una ricostruzione più rigorosa[34], l'obbligatorietà del possesso dell'autorizzazione per partecipare alle gare pubbliche sussisterebbe sino al momento della completa esecuzione del piano concordatario, ai sensi dell'art. 136 L.F. A sostegno di tale tesi, si evidenzia che l'intervento del decreto di omologazione del concordato non risulterebbe di per sé idoneo a consentire il ritorno *in bonis* del debitore, dovendosi ritenere pienamente applicabili le norme di cui agli artt. 186 *bis* L.F. ed 80, co. 5, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016. Ciò in quanto, si precisa, anche successivamente alla chiusura del concordato, di cui all'art. 181 L.F., il debitore non acquista la piena capacità di disporre del proprio patrimonio, su cui gravano i vincoli assunti con la proposta omologata. Ulteriore argomento a suffragio di tale orientamento sarebbe rinvenibile nella funzione stessa della fase di esecuzione, essendo finalizzata all'adempimento del concordato nel solco degli obiettivi previamente stabiliti nel decreto di omologazione e sotto la sorveglianza del Commissario giudiziale.

Diversamente, altra opzione interpretativa[35] ritiene che l'obbligo di ottenere l'autorizzazione giudiziale non opererebbe successivamente all'adozione del decreto di

omologazione, stante quanto evincibile dall'art. 181 L.F., il quale sancisce che *“la procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell'art. 180”*. Si precisa che, secondo la disposizione in commento, a seguito dell'omologazione l'impresa non potrebbe qualificarsi né *“in stato”*[36] né *“in corso”* di procedura di concordato, dovendosi, quindi, escludere l'operatività degli obblighi documentali ed i divieti di legge relativi alla partecipazione alle gare pubbliche, sanciti dall'art. 186 bis, co. 4 e 5, L.F. Altro elemento invocato a sostegno della riferita opzione ermeneutica concerne le differenti funzioni spettanti al giudice delegato dopo l'intervento dell'omologazione del concordato, titolare di poteri di mera vigilanza e controllo sull'esecuzione del piano concordatario, non già dei più ampi poteri autorizzatori come avveniva nella precedente fase della procedura. [37] Tali rilievi sarebbero desumibili anche dall'art. 110, d.lgs. n. 50 del 2016 che, nel richiamare l'art. 186 bis L.F., chiarisce che la normativa che subordina, per le imprese in concordato con continuità aziendale, l'ottenimento di un'autorizzazione del giudice delegato ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, non troverebbe applicazione dopo l'omologazione, in virtù dei poteri di mero controllo del Tribunale.

Di talché, la tesi in commento sostiene che l'omologazione del concordato con continuità aziendale dispieghi taluni importanti effetti sul piano della *“riacquisizione”*[38], da parte dell'impresa, della piena capacità giuridica ed operativa dal punto di vista finanziario ed economico, non essendo più necessario, in questa fase, richiedere specifiche autorizzazioni o valutazioni giudiziali[39].

La riferita impostazione si avvale anche di un argomento di carattere generale per giungere a tali conclusioni, sottolineando il fatto che la capacità di agire e, nel particolare, quella di contrarre, possano essere limitate soltanto per espressa previsione normativa. Da qui la constatazione che, dopo l'intervento dell'omologazione, non vi sarebbe alcuna copertura normativa in grado di giustificare l'operatività degli obblighi e delle limitazioni invece letteralmente riferite, dall'art. 186 bis, L.F., alle *“imprese ammesse al concordato”*. Diversamente opinando, infatti, si darebbe luogo ad una inammissibile interpretazione estensiva della disposizione in commento, con la conseguente violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione[40].

Poste tali premesse in ordine ad alcuni degli orientamenti giurisprudenziali presenti *in subjecta materia*, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 9147 del 2022, ritiene preferibile aderire alla tesi meno restrittiva, tuttavia, effettuando talune precisazioni.

Si evidenzia, infatti, che il *dies ad quem* di operatività degli obblighi autorizzativi, di cui all'art. 186 bis L.F., non potrebbe implicitamente desumersi *“dal fatto che, una volta che l'impresa abbia ottenuto l'omologazione, essa non si troverebbe più in stato di concordato preventivo, ex art. 80, comma 5, lett. b), d.lvo n. 50/2016”*. Ciò in ragione del fatto che gli effetti promananti dall'omologazione del concordato non sarebbero tali da comportare una *“cesura netta”* tra la fase della procedura di concordato e quella della relativa esecuzione.

Nonostante tali preliminari considerazioni, il Collegio ritiene che, ad ogni modo, debba escludersi l'esistenza di un regime di *“ultrattività”* delle limitazioni alla capacità di agire del debitore a seguito della chiusura della procedura di concordato e, conseguentemente, dell'intervento della omologazione. Tale affermazione troverebbe conferma, nel particolare, dall'analisi testuale dell'art. 161, co. 7, L.F., specie nella parte in cui si individua il limite

temporale di operatività dell'obbligo di ottenere l'autorizzazione del tribunale in un momento precedente rispetto all'intervento della omologazione^[41].

Ciò detto, la Sezione si sofferma sull'analisi interpretativa delle disposizioni concernenti la fase "*post-omologazione*" del concordato, evidenziando che l'art. 185 della legge in esame, diversamente dall'art. 186 bis, co. 4, sancisce l'imputazione del potere di sorveglianza (quanto all'adempimento del concordato) al Commissario giudiziale, non già al Tribunale o al Giudice delegato.

Per tale ragione, si deduce, da un lato, che i poteri autorizzatori di questi ultimi organi non possano essere esercitati dopo l'intervento dell'omologazione; dall'altro lato, che gli obblighi gravanti sul debitore nella fase esecutiva abbiano natura "attiva". Essi, come sottolineato dai giudici amministrativi, risulterebbero finalisticamente orientati alla corretta esecuzione del piano concordatario, non involgendo divieti all'esercizio di attività imprenditoriali del debitore, tra le quali può annoverarsi la partecipazione ad una gara pubblica^[42].

Del pari, il Collegio si sofferma sulla natura dell'omologazione del piano di concordato preventivo con continuità aziendale che, rappresentando il fulcro di una ponderata "*valutazione della sostenibilità economico-finanziaria della stessa oltre che della sua utilità per i creditori*", secondo quanto previsto dall'art. 186 bis, co. 2, L.F., presuppone un accertamento della capacità del debitore di svolgere utilmente l'attività di impresa nel libero esercizio dell'attività economica.

Sulla scorta di tali rilievi, la Sezione ritiene di non aderire alle prospettazioni della parte appellante, disponendo il rigetto del corrispondente motivo di appello diretto a contestare la mancata esclusione dell'aggiudicataria per non aver ottenuto apposita autorizzazione alla partecipazione alla gara.

4. Rilievi conclusivi: verso l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici.

La posizione espressa dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 9147 del 2022 concerne, come evidenziato nei precedenti paragrafi, una duplice questione. La prima tematica riguarda la portata applicativa del soccorso istruttorio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica. La seconda, invece, attiene alla necessità, o meno, per l'operatore economico in concordato preventivo con continuità aziendale, di ottenere un'autorizzazione giudiziale ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, nella specifica ipotesi in cui sia intervenuta l'omologazione del concordato.

La sentenza in commento evidenzia, anzitutto, come non sia meritevole di accoglimento il motivo di appello teso a contestare, per ciò che qui rileva, la mancata esclusione dalla gara pubblica dell'impresa aggiudicataria per non aver prodotto la relativa domanda di partecipazione, sul presupposto dell'asserita inapplicabilità dell'istituto del soccorso istruttorio nella fattispecie *de qua*.

A tale proposito, dal *decisum* si evince che la *quaestio iuris* relativa all'individuazione delle lacune della domanda emendabili in via postuma ai sensi dell'art. 83, co. 9, Codice dei contratti pubblici, debba essere risolta indagando principalmente sul carattere "formale", o

meno, delle carenze, come evincibile dall'*incipit* del primo periodo della disposizione in commento. Nel particolare, il Collegio chiarisce che la distinzione rispetto alla categoria delle carenze o irregolarità di natura sostanziale, invece non sanabili, risiederebbe nella riferibilità di queste ultime alle ipotesi in cui la dichiarazione o la documentazione mancante riguardi il possesso di un requisito partecipativo non esistente *in rerum natura* alla scadenza del termine di presentazione delle offerte. Da ciò si fa discendere la conseguenza che, pur rappresentando la mancata presentazione della domanda di partecipazione ad una gara una condizione necessaria per il perfezionamento della fattispecie partecipativa stessa, non possa in modo automatico disporsi l'esclusione dell'operatore economico se la volontà di partecipare sia, in concreto, desumibile da altri documenti di gara, come il DGUE tempestivamente prodotto. Nel qual caso, infatti, si sostiene trattarsi di una carenza meramente formale concernente soltanto le modalità di manifestazione esteriore (della volontà partecipativa), non anche l'esistenza *ab initio* del requisito stesso.

Siffatti rilievi ermeneutici, nel solco di una lettura "estensiva" della portata applicativa del soccorso istruttorio nella fattispecie *de qua*, sembrerebbero porsi in linea anche con l'art. 101 dello Schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici, ove, in particolare alla lett. b), è sancito che è possibile "*sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione (...)*".^[43]

Sempreché tale formulazione risulti confermata sino all'entrata in vigore del nuovo Codice, si profila interessante osservare come sia stata espressamente prevista nella disposizione *de qua* la fattispecie relativa alla "*omissione della domanda di partecipazione*"; superandosi, in tal modo, eventuali dubbi circa la riconducibilità di essa nel perimetro applicativo del soccorso istruttorio. Invece, non appaiono rinvenibili nell'art. 101 cit. riferimenti al carattere "formale" degli elementi della domanda sanabili, diversamente da quanto sancito dall'attuale formulazione dell'art. 83, co. 9, D.lgs. n. 50 del 2016.

Dall'analisi dell'art. 101, lett. a), Schema di Codice dei contratti pubblici, sembrerebbe invece potersi desumere il riferimento a quel concetto di matrice pretoria legato al carattere "sostanziale" dei requisiti che debbono sussistere *in rerum natura* prima della scadenza della presentazione delle offerte.^[44]

Da qui la constatazione che, in via generale, lo sviluppo della tipizzazione e della procedimentalizzazione delle fattispecie emendabili con l'attivazione del soccorso potrebbero incidere positivamente sul funzionamento del mercato, consentendo sia agli operatori privati di agire in un quadro connotato da maggiore chiarezza sia all'Amministrazione di perseguire il migliore risultato economico in un mercato maggiormente efficiente sotto il profilo della corretta circolazione delle informazioni.^[45]

Infine, per ciò che attiene alla seconda tematica affrontata dalla sentenza in commento, il Collegio, nel disporre il rigetto del correlativo motivo di appello, ha specificato l'insussistenza di uno specifico obbligo di ottenere l'autorizzazione giudiziale ai fini partecipativi per l'impresa concorrente che abbia ottenuto l'omologazione del concordato *ex art.* 180, co. 3, L.F.

A sostegno di tali rilievi, si è evidenziato che l'impresa coinvolta nella procedura concordataria di cui all'art. 186 *bis*, l. cit., pur in assenza di una espressa indicazione del *dies ad quem* dell'obbligo di acquisire l'autorizzazione del giudice ai fini partecipativi, non possa

essere esclusa dalla gara pubblica. Ciò sulla base dell'interpretazione delle disposizioni relative alla fase dell'esecuzione "*post-omologazione*" del concordato, tra cui è possibile citare, in particolare, l'art. 185 sui poteri di "*sorveglianza*" del commissario giudiziale (diversamente dai poteri autorizzatori contemplati nell'art. 186 bis, co. 4).

Elemento ulteriore posto a fondamento del ragionamento del Collegio risiede nella ritenuta riacquisizione della "*legittimazione dell'imprenditore al libero esercizio della sua iniziativa economica*"^[46], sul presupposto della preventiva valutazione di sostenibilità economico-finanziaria, quanto al soddisfacimento degli interessi dei creditori, effettuata con l'adozione del decreto di omologazione.

Nel delineato contesto, quindi, assumono una funzione centrale la portata applicativa del principio di tassatività delle cause di esclusione, da un lato, e l'omologazione giudiziale del concordato, dall'altro, rappresentando uno strumento di "controllo" e "vaglio preliminare" della capacità dell'impresa quanto alla sana prosecuzione dell'attività economica. Di talché, la constatazione che il debitore riacquisti la libera disponibilità del suo patrimonio^[47], condivisibilmente con quanto sancito dai Giudici amministrativi, impone di effettuare una lettura in chiave restrittiva del potere autorizzatorio e dei relativi presupposti *ex art.* 186 bis, co. 4, L.F., valorizzandosi la libertà di iniziativa privata economica, di cui all'art. 41 della Carta costituzionale, nonché il principio generale del *favor participationis*.

[1] Sul tema, cfr., tra le altre, Cass. civ., Sez. VI, n. 2656/2021; Cass. civ., Sez. I, n. 380/2018.

[2] Cons. St., Sez. V, n. 4302/2021; Cons. St., Sez. V, n. 69/2019, nonché n. 3938/2019.

[3] Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015, p. 238; nonché, sul tema, v. S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, 437 ss.; F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016, p. 89 ss.

[4] Per approfondimenti sul tema, cfr. F. APERIO BELLA, S. CALDARELLI, E.M. SANTORO, S. TRANQUILLI, *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in *Trattato sui contratti pubblici*, v. II, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, 2019, Giuffrè, p. 1468 ss.; E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 2018, p. 623 ss. In giurisprudenza, tra gli altri, v. Tar Lazio, Roma, Sez. III, n. 15232.2022, pubblicata il 17.11.2022.

[5] F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 384 ss.

[6] F. APERIO BELLA, *L'istruttoria procedimentale*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, 2020; N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Giustamm.it*, 2013; E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016.

[7] Sul tema dell'istruttoria procedimentale, cfr., per approfondimenti, C. MARZUOLI, *Il principio di buon andamento e il divieto di aggravamento del procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2011, p. 206 ss.; F. MANGANARO, *Il principio di non aggravamento del procedimento amministrativo*, *ivi*, 2017, p. 261 ss.; M.P. VIPIANA, *La sospensione del procedimento amministrativo per finalità istruttorie*, in *GDA*, 8, 2010p. 869 ss.; A. ZITO, *Compiti del responsabile del procedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di) *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 190; M.A. SANDULLI, L. MUSSELLI, *Articoli 4, 5 e 6 in V. ITALIA (a cura di) L'azione amministrativa. Commento alla l. 7 agosto 1990, modificata dalla l. 11 febbraio 2000, n. 5 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, Milano, 2005; F. SAITTA, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa "economica" tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in *D. SOC.*, 2001, 507 ss.

[8] A tale proposito, vedasi l'art. 4, l. n. 241 del 1990, nella parte in cui prescrive la necessità di individuare "l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale (...)"; nonché l'art. 5, ove richiama "ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento"; infine l'art. 6 che, alla lett. b), sancisce che il responsabile del procedimento debba adottare "ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria".

[9] In tal senso, tra le altre, v. Cons. St., Sez. V, 3 giugno 2010, n. 3486.

[10] Cons. St., Sez. III, 22 febbraio 2019, n. 1236.

[11] Per un'ampia ricostruzione del principio di solidarietà, anche in chiave storica, cfr. F.P. CASAVOLA, *Dalla proprietà alla solidarietà: appunti per una riflessione in tema di diritti individuali e sociali*, Prolusione all'Anno Accademico 1993/94, Padova, 6 dicembre 1993; F. CASAVOLA, *Assimilazione e pluralismo come modelli giuridici di rapporto con le minoranze*, in *Dalla tolleranza alla solidarietà*, Angeli, Milano, 1990, p. 87 ss.

[12] Cfr. Cons. St. Sez. III, 4 gennaio 2019, n. 96; Id., 26 febbraio 2016, n. 796.

[13] Per approfondimenti sulla distinzione tra integrazione e regolarizzazione documentale, v. Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *Foro amm.*, 2014, II, 387.

[14] Cfr. Tar Abruzzo, Pescara, Sez. I, 28 marzo 2019, n. 94.

[15] In tal senso, cfr. Tar Umbria, Sez. I, 9 giugno 2016, n. 483.

[16] Sulla tesi della mera facoltà, invece, v. Tar Lazio, Roma, Sez. II *quater*, 8 ottobre 2008, n. 8825; Cons. St., Sez. V, 17 settembre 2008, n. 4397.

[17] Sulla tesi della doverosità dell'invito alla regolarizzazione, v., tra le altre, Cons. St., Sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 6427; Tar Lazio, Roma, Sez. III-bis, 16 luglio 2015, n. 9540; Tar Umbria, Sez. I, 15 gennaio 2015, n. 20; Cons. St., Sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6463. Inoltre, per la individuazione delle diverse declinazioni del potere di soccorso istruttorio nei procedimenti amministrativi, v. anche Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

[18] Sulla precedente formulazione, di cui all'art. 46, co. 1, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, v., in dottrina, F. VENTURA, *Commento all'art. 46*, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, a cura di A. CARULLO e G. IUDICA, Padova, Cedam, 2008; S. MONZANI, *L'integrazione documentale nell'ambito di un appalto pubblico tra esigenze di buon andamento e di tutela della par condicio dei concorrenti*, in *Foro amm. - TAR*, 2009, n. 10, 2346 ss.; F. DELFINO, *Commento all'art. 46*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI e G. FERRARI, I, Roma, Neldiritto, 2013; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012, sub art. 46; E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca di identità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, n. 5, 503 ss.; F. LACAVA, *La richiesta di integrazioni e chiarimenti documentali da parte della stazione appaltante*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di F. SAITTA, Padova, Cedam, 2008; M. MONTEDURO, *Dichiarazioni non conformi a clausole del bando sanzionate con l'esclusione: il labile discrimen tra integrazione e modificazione*, in *Foro amm. - TAR*, 2007, 3667 ss.; I. PAGANI, *Integrazione documentale e tutela della par condicio*, in *Urb. app.*, 2006, 1185 ss.; D. SPINELLI e M. PECORARI, *Chiarimenti ed integrazioni documentali e offerta*, in *Repertorio degli appalti pubblici*, a cura di L.R. PERFETTI, I, Padova, Cedam, 2005, 420 ss.

[19] Cfr. E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 2018, 623 ss.; G. GUARINO, *Atto amministrativo, organizzazione e giustizia amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1984, 774 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Considerazioni in tema di sanatoria dei vizi formali*, in V. PARISIO (a cura di) *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, 101 ss.; A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 952 ss.

[20] Per alcuni rilievi comparatistici sulla doverosità, o meno, dell'attivazione del soccorso istruttorio per le stazioni appaltanti, v. P. PATRITO, *La regolarizzazione documentale: dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia e Italia)*, in *Urb. app.*, 2015, 137.

[21] Come noto, la norma in esame rappresenta il frutto del recepimento dell'art. 55, par. 3, della direttiva 2014/24/UE, ove si prevede che "Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza."

[22] Per approfondimenti, v. F. APERIO BELLA, S. CALDARELLI, E. M. SANTORO, S. TRANQUILLI, *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, II, 2019, Milano, Giuffrè, 1467 ss.; R. DAMONTE, E. MORO, *Il soccorso istruttorio e fase di verifica dei requisiti di idoneità*, in *Urb. app.*, 2017, 246 ss.; A. GIANNELLI, P. PROVENZANO, A. GIUSTI, *Commento all'art. 83*, in *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G.M. ESPOSITO, I, Milano, Utet, 2017, 1043 ss.; F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2017, n. 6, 745 ss.; P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, in *Dir. econ.*, 2017, n. 3, 817 ss.

[23] Sui rilievi critici della dottrina quanto alla non perfetta sovrapposibilità dell'ipotesi dei vizi formali della domanda a quella contemplata nel secondo periodo della norma, cfr. F. APERIO BELLA, S. CALDARELLI, E. M. SANTORO, S. TRANQUILLI, *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, II, 2019, Milano, Giuffrè, in particolare p. 1489 ss.

[24] In tal senso, oltre alla sentenza (oggetto del presente commento) del Cons. St., Sez. III, n. 9147, pubblicata il 27.10.2022, cfr., tra le altre, TAR Lombardia, Brescia, n. 1304 del 2 novembre 2017; TAR Puglia, Bari, n. 815 del 14 luglio 2017.

[25] Contrariamente a quanto sostenuto dal giudice di prime cure che, con la sentenza n. 2563 del 13 settembre 2022, TAR Sicilia, Sez. III, disponeva il rigetto del ricorso.

[26] Cfr. CGARS, sentenza n. 4 del 2023, pubblicata il 2.01.2023.

[27] In tal senso, v. Cons. St., Sez. V, n. 68.2023, pubblicata il 3.01.2023.

[28] Sugli orientamenti estensivi, cfr., tra gli altri, TAR Lazio, Roma, Sez. II *quater*, n. 17537 del 2022, pubblicata il 24.12.2022; Cons. St., Sez. V, n. 10241 del 21 novembre 2022; Cons. St., Sez. VI, n. 3664 del 10 maggio 2022; TAR Lazio, Roma, Sez. III *bis*, n. 11880 del 16 settembre 2022; Cons. St., Sez. VI, n. 1308 del 24 febbraio 2022.

[29] A tal proposito, il Collegio evidenzia che in casi analoghi non possa ritenersi perfezionata alcuna fattispecie partecipativa rispetto alla procedura di gara.

[30] Sul tema relativo al rapporto tra l'istituto del concordato preventivo "in bianco" e la partecipazione alle gare pubbliche, cfr. Ad. Plen., n. 9 del 2021, nonché i numeri 10 ed 11, su cui sia consentito rinviare a T. LINARDI, *Il concordato in bianco fra genesi della disciplina del "decoctor" e codice dei contratti pubblici (nota a Ad. Plen. n. 9/2021)*, in *Giustizia insieme*, 3 febbraio 2022.

[31] Per approfondimenti sul procedimento di omologazione del concordato preventivo, vedasi G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 627 ss.; G. BOZZA, *L'omologazione della proposta (i limiti alla valutazione del giudice)*, in *Fallimento*, 2006, p. 1067; I. PAGNI, *Il nuovo concordato preventivo, Il procedimento di omologa (profili processuali)*, *ivi* 2006, p. 1074 ss.; Id., *Contratto e processo nel concordato preventivo in AA.VV. Trattato di diritto fallimentare*, a cura di V. BUONOCORE – A. BASSI, Padova, 2010, p. 558 ss.; S. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fallimento*, 2011, p. 941; P. BRENCA, *Osservazioni a margine dei poteri del tribunale in fase di omologa e del reclamo avverso il decreto di revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 259; V. CALANDRA BONURA, *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari e valutazione di convenienza del concordato*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 14; A. D'AMBROSIO, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del piano concordatario e sugli «altri atti di frode» ai sensi dell'art. 173 legge fallim.*, *ivi*, 2012, II, p. 220; G. FAUCEGLIA, *Brevi considerazioni sui poteri del tribunale in tema di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 18; I. PAGNI, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013 n. 1521: il richiamo alla "causa concreta", come funzione economico-individuale del concordato*, in *Fallimento*, 2013, p. 286; P. VELLA, *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le Sezioni Unite sulla "causa concreta" del concordato: distinzione tra fattibilità giuridica ed economica?*, in *Fallimento*, 2015, pp. 435, 438; D. BONACCORSI DI PATTI, *Sui poteri del tribunale in ordine alle modalità di esecuzione del concordato preventivo in continuità omologato, e sulla pubblicità del provvedimento di chiusura ex art. 181 legge fallim. Della procedura concordataria*, in nota a Trib. Padova 16 luglio 2015, *decr.*, in *Dir. fall.*, II, p. 330 ss.

[32] Applicabile *ratione temporis* alla fattispecie sottoposta allo scrutinio del Consiglio di Stato. Come noto, dopo numerosi rinvii, il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza è entrato in vigore il 15 luglio 2022. Per approfondimenti, cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino, Bologna, 2021, in particolare p. 33 ss.

[33] Diversamente da quanto, invece, previsto rispetto all'indicazione del *dies a quo*, coincidente con il "deposito della domanda di cui all'art. 161".

[34] Per la tesi più rigorosa, cfr., tra le altre, Cons. St., Sez. V, 7 giugno 2021, n. 4302; Cass. civ., Sez. VI, 4 febbraio 2021, n. 2656; Cons. St., Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69; Cass. civ., Sez. I, ord. 10 gennaio 2018, n. 380.

[35] Per differente opzione interpretativa, cfr. Cons. St., Sez. V, 24 agosto 2022, n. 7445; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 3 gennaio 2022, n. 14; Cons. St., Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6030; Cons. St., Sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225; Cons. St., Sez. III, 19 aprile 2012, n. 2305; Cass. civ., Sez. I, 15 novembre 2007, n. 23638.

[36] Nel particolare, il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza del 29 maggio 2018, n. 3225, evidenzia come la dizione “*in stato*” debba riferirsi alla “*fase precedente all’omologazione del concordato, la quale chiude definitivamente la procedura iniziata con il decreto di ammissione adottato ai sensi dell’art. 163 legge fallimentare (...)*”.

[37] In dottrina, sui poteri del commissario giudiziale e del giudice delegato dopo l’intervento dell’omologazione del concordato, v. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, cit. p. 679 ss.; nonché, in generale sulla fase esecutiva del concordato preventivo, cfr., tra molti, AA.VV. (G. PIZZOLI), *Trattato delle procedure concorsuali* diretto da L. GHIA- C. PICCININI- F. SEVERINI, Vol. IV, 2011, Torino, Utet giuridica, p. 549; V. BUONOCORE – A. BASSI, coordinato da G. CAPO- F. DE SANTIS, B. MEOLI, G. RACUGNO, *Concordato preventivo, Accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, Padova, 2010, p. 541; AA.VV. (G. DI CECCO), *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI, in *Le nuove leggi del diritto dell’economia*, collana diretta da A. NIGRO- M. SANDULLI- V. SANTORO, Tomo III, artt. 160-215, Torino, 2010, p. 2232; AA.VV. (G. FAUCEGLIA), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. FAUCEGLIA – L. PANZANI, Torino, Utet giuridica, 2009, p. 1757.

[38] Sugli effetti dell’omologazione del concordato preventivo e sulla considerazione che “*il debitore riacquista la libera disponibilità del suo patrimonio*”, si consulti: G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, ivi, in particolare p. 681.

[39] A tal proposito, si profilano interessanti taluni rilievi espressi in Cass. civ., Sez. I, 15 novembre 2007, n. 23638, ove si afferma che: “*la sentenza di omologazione del concordato preventivo determina la cessazione della relativa procedura, liberando il debitore da ogni vincolo, che non sia quello dell’osservanza delle condizioni del concordato, facendogli riacquistare in tal modo la capacità giuridica e la piena libertà di esercizio della sua impresa (...)*”.

[40] Sul punto, cfr. Cons. St., Sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225; nonché, tra le altre, v. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 3 gennaio 2022, n. 14.

[41] In disparte la qualificazione della partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica (nonché della successiva stipulazione del contratto con la Pubblica Amministrazione) in termini di atto di “straordinaria” od “ordinaria” amministrazione, peraltro oggetto di numerosi dibattiti giurisprudenziali.

[42] Sempreché tali iniziative non risultino in conflitto con gli obblighi previamente assunti dal debitore concordatario.

[43] Cfr. *Schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici*, consultabile su *Giustizia insieme*, 14 dicembre 2022. Sul tema, in dottrina, v. M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *l’Amministrativista*, 19 dicembre 2022, pubblicato anche su *Giustizia insieme*, 21 dicembre 2022.

[44] Ci si riferisce, nel particolare alla parte in cui si ammette la sanabilità “*mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte*”.

[45] Per approfondimenti, si consulti G. NAPOLITANO – A. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 67 ss.

[46] Tenuto conto delle eventuali condizioni limitative apposte nella omologazione.

[47] Cfr. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, cit., p. 681.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2641 – 2 febbraio 2023

Regionalismo differenziato e divari di cittadinanza nelle più recenti proposte di riforma*

di Francesco Manganaro

Sommario: 1. La crisi del regionalismo italiano - 2. Le incertezze interpretative sull'autonomia differenziata - 3. I disegni di legge Calderoli e le connesse disposizioni della legge di bilancio - 4. Le materie oggetto dell'autonomia differenziata.

1. La crisi del regionalismo italiano

Il disegno di legge proposto dal Ministro Calderoli a dicembre e quello appena emanato hanno riaperto il tema del regionalismo differenziato, rimasto silente durante il periodo pandemico

Mi sembra necessario, per affrontare una questione così delicata, almeno accennare al contesto in cui si pone tale vicenda, soprattutto richiamando, seppure assai brevemente, quale sia l'attuale ruolo delle Regioni nel complessivo contesto istituzionale.

Non vi è dubbio che la scelta del Costituente di creare le Regioni avesse come scopo di individuare un livello legislativo sui territori, che consentisse di differenziare le scelte normative generali del Parlamento nazionale. E' altrettanto scontato che il Costituente volesse attribuire alle Regioni una funzione legislativa, che avrebbe dovuto essere attuata attraverso le attività amministrative degli enti locali (art. 118 Cost. vecchio testo).

Questa originaria idea ha subito una profonda metamorfosi, innanzitutto per la tardiva costituzione delle Regioni e l'ancora più tardiva attribuzione delle funzioni, ma anche perché le Regioni, con la creazione di enti di amministrazione sub-regionali, hanno accorpato alla funzione legislativa quella amministrativa, così sottraendola agli enti territoriali. Tanto è vero che la dottrina più recente in materia di regionalismo non esita a produrre un ampio manuale di diritto regionale che conferma fin dal suo titolo il mutamento genetico delle Regioni[1], nonché la totale distonia di un sistema autonomistico che avrebbe dovuto svilupparsi attraverso un coordinamento tra Regioni ed enti locali.

La distorsione del regionalismo italiano è confermata dalla dottrina che più ampiamente si è occupata del tema. Si è parlato di Regioni senza regionalismo[2], di un regionalismo senza modello[3] e si è criticamente osservato che l'autonomia regionale sia stata utilizzata in maniera congiunturale[4] secondo gli interessi del sistema politico[5].

È in questo quadro che il costituente del 2001, nell'ambito di un processo autonomistico di de-statalizzazione, secondo quanto previsto dall'art. 5 Cost., introduce una specifica disposizione sul regionalismo differenziato (art. 116, c. 3 Cost.) il cui contenuto comporta non solo problemi interpretativi, ma anche l'esplicita previsione che si debba tener conto degli equilibri finanziari previsti dall'art. 119 Cost., poiché quanto più aumenta l'asimmetria tanto più deve crescere la solidarietà.

Bisogna, perciò, valutare il regionalismo differenziato in un'ottica che riduca e non aumenti i divari di cittadinanza[6], come ci ricorda ampiamente il PNRR, che pone questo obiettivo come una delle tre priorità trasversali alle sei Missioni, secondo un principio di coesione sociale, economica e territoriale[7], previsto dal *Next Generation EU*, ai sensi degli artt. 174 e 175 del TFUE. Un principio ribadito di recente nell'autorevole intervento del Presidente della Repubblica che, nel discorso di fine anno, ha ricordato con significative espressioni che le differenze legate a fattori sociali, economici, organizzativi, sanitari tra i diversi territori del nostro Paese <<feriscono il diritto all'eguaglianza>>.

2. Le incertezze interpretative sull'autonomia differenziata

Quanto al contenuto normativo dell'art. 116, c. 3 si è sviluppato un ampio dibattito, già dal momento dei decreti legislativi attuativi del federalismo fiscale introdotto dalla legge 42/2009, ma soprattutto negli anni 2017-2020 quando alcune Regioni (Emilia – Romagna, Lombardia e Veneto) hanno chiesto l'attuazione del regionalismo differenziato,

Innanzitutto, la norma costituzionale prevede che alle Regioni a Statuto ordinario possano essere attribuite <<ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia>> nelle materie ivi indicate. Ora, tale formula non significa necessariamente che debbano essere assegnate maggiori potestà legislative, ma potrebbe ben significare un ampliamento delle funzioni amministrative delle Regioni nelle materie oggetto di legislazione concorrente, un'iniziativa che ben potrebbe essere attuata utilizzando l'art. 118 Cost.[8].

Rimasta minoritaria tale ipotesi, la questione si è spostata su un altro versante, quello relativo agli atti necessari per trasferire le funzioni legislative. Innanzitutto, la previsione di stipulare singole intese con ogni Regione crea non solo un'asimmetria nell'asimmetria, ma configura

un'autonomia regionale fuori da ogni contesto istituzionale complessivo, quasi che l'autonomia differenziata sia un fatto che attenga al rapporto di una Regione con lo Stato, senza alcun quadro generale di riferimento, valido per tutte le Regioni[9]. Le iniziative già assunte dalle Regioni dal 2017 in poi dimostrano palesemente quanto sia errato un rapporto *face to face* tra Stato e singole Regioni, per la totale difformità delle richieste. Come è noto, infatti, alcune Regioni hanno chiesto, in un primo momento, l'attribuzione di tutte le ventitre materie comprese nel comma 3 dell'art. 116 Cost., mentre altre hanno fatto scelte diverse.

Si è osservato, a questo proposito, che ove tutte le Regioni chiedessero, come sarebbe in teoria possibile, tutte le materie si incorrerebbe in una grave violazione della Costituzione, in quanto verrebbe svuotato l'ambito della legislazione concorrente previsto dall'art. 117 Cost. Per prevenire tale evento, parte della dottrina ha proposto di introdurre una legge – quadro nazionale che regolamenti in modo unitario i principi dell'autonomia differenziata[10].

L'altra grande questione è proprio il ruolo del Parlamento nel procedimento autonomistico, visto che non è chiaro se esso possa o meno modificare l'intesa concordata tra Governo e Regione.

Si noti, a margine dell'ampia discussione avvenuta in dottrina, che la norma costituzionale è stata implicitamente superata per le modifiche istituzionali sopravvenute, poiché quando il Costituente aveva previsto l'approvazione dell'intesa con la maggioranza assoluta dei parlamentari intendeva coinvolgere anche la minoranza parlamentare, ma non poteva prevedere l'avvenuta riduzione del numero dei parlamentari e la possibilità di una maggioranza assoluta in capo ad un solo partito o ad una sola coalizione.

Ma, a parte questo profilo, il punto più controverso attiene alla possibilità che il Parlamento possa emendare l'intesa e sulle eventuali conseguenze successive. La dottrina del tutto maggioritaria considera necessario un passaggio parlamentare senza alcun vincolo circa l'emendabilità, mentre sul punto la prima bozza Calderoli prevedeva, prima della sottoscrizione dell'intesa, un parere della Commissione per le questioni regionali, anche acquisibile tacitamente (art. 2, commi 4-5). Il nuovo testo introduce alcune modifiche che non cambiano il senso complessivo dell'*iter* previsto: si prevede che il parere venga dato dai <<competenti organi parlamentari>> nel termine di sessanta giorni, mentre rimane la possibilità che il procedimento prosegua, trascorso il termine indicato.

L'intesa definitiva già sottoscritta dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Presidente della Giunta regionale, va inviata alle Camere come allegato di un disegno di legge per <<l'approvazione>> (prima bozza), oggi per la <<deliberazione>> (art. 2, c. 8). Anche così scritta la novella non chiarisce se il Parlamento possa emendare la bozza di intesa già sottoscritta e quali siano le conseguenze di queste eventuali modificazioni.

3. I disegni di legge Calderoli e le connesse disposizioni della legge di bilancio

Ma veniamo al tema più specificamente assegnatomi, cioè gli ultimi interventi normativi concretizzatosi nei disegni di legge Calderoli e nelle connesse disposizioni contenute nella legge di bilancio 2023[11].

Il disegno di legge si concentra sulla necessità di stabilire i livelli essenziali delle prestazioni^[12] prima di poter procedere all'attuazione delle intese con la Regione, attuative del regionalismo differenziato (art. 1).

Innanzitutto, è stato acutamente osservato che su questo punto il disegno di legge è quasi uno specchio per le allodole, in quanto l'intera disciplina per la determinazione dei LEP è contenuta nella legge finanziaria, già approvata dal Parlamento^[13]. E' questa la vera novità rispetto al passato^[14], poiché i precedenti governi avevano previsto le modalità di realizzazione dei LEP in disegni di legge mai approvati definitivamente, mentre, in questa occasione, al disegno di legge Calderoli si aggiungono norme già vigenti nella legge di bilancio, che rendono del tutto superfluo il disegno di legge, quanto meno sulle modalità di definizione dei LEP.

La disciplina dei LEP è, infatti, integralmente contenuta nella legge di bilancio ai commi da 791 a 801, a cui peraltro la bozza Calderoli rinvia. Invero, in tale legge è già del tutto definito il percorso per la determinazione dei LEP, <<quale soglia di spesa costituzionalmente necessaria che costituisce nucleo invalicabile per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale>> e garantire <<il pieno superamento dei divari territoriali>> (c. 791). Nella legge di bilancio, la determinazione dei LEP è conseguente alla previa ricognizione dei costi standard, tanto è vero che il comma 792 prevede la procedura per la loro individuazione a partire da una <<ricognizione della spesa storica a carattere permanente nell'ultimo triennio>>^[15].

È qui uno dei punti nodali su cui valutare i reali effetti del regionalismo differenziato.

Come è noto, la determinazione dei fabbisogni standard era già prevista, ma mai realizzata (tranne che per in materia sanitaria), già dalla legge sul federalismo fiscale n. 42/2009, secondo cui i decreti attuativi avrebbero dovuto effettuare la «determinazione del costo e del fabbisogno *standard* quale costo e fabbisogno che, valorizzando l'efficienza e l'efficacia, costituisce l'indicatore rispetto al quale comparare e valutare l'azione pubblica».

Dal punto di vista del procedimento previsto, mi limito a rilevare come sia paradossale costituire una Cabina di regia ed una Commissione tecnica per la determinazione dei fabbisogni standard per poi stabilire che, nel caso in cui le attività dei predetti organi non si concludessero entro sei mesi, il Presidente del Consiglio, d'intesa con il Ministro per gli affari regionali e le autonomie con il Ministro dell'economia e delle finanze, nomina un commissario che <<entro trenta giorni>> (c. 797) procede al completamento della attività non perfezionate.

In secondo luogo, sempre dal punto di vista procedimentale, appare ancora più grave che tutto il procedimento previsto nella legge finanziaria per la determinazione dei LEP avvenga attraverso atti governativi, eludendo gravemente il dettato costituzionale, secondo cui la determinazione dei LEP non può che avvenire con legge statale, come previsto dall'art. 117, lett. m) Cost. Insomma, la definizione dei LEP è una questione di ordine generale, che ha un suo percorso normativo specifico ed è un errore confonderlo con l'attuazione dell'autonomia differenziata, che ha percorsi normativi diversi^[16].

Quanto al merito, il dibattito attuale è tutto incentrato sulla determinazione dei LEP, ma si trascura un presupposto essenziale, cioè l'esigenza di misure perequative territoriali,

necessariamente antecedenti a qualsiasi innovazione istituzionale per evitare la crescita dei divari di cittadinanza[17]. Come è noto, l'art. 116 Cost. consente ulteriori forme di autonomia regionale «nel rispetto dei principi dei cui all'articolo 119», disposizione pedissequamente riportata nella legge delega 42/2009, che introduceva il federalismo fiscale. E' impossibile perciò pensare di attuare il regionalismo differenziato senza rispettare il contenuto dell'art. 119 Cost., che prevede uno specifico fondo perequativo per i territori con minore capacità fiscale per abitante[18].

Invero, il sistema pensato dal Costituente del 2001 è ben più complesso ed articolato, con obiettivi più ampi del solo regionalismo differenziato. La legge delega prevedeva, infatti, come primo presupposto, l'autonomia finanziaria delle Regioni, in grado di avere tributi propri, con conseguente maggiore responsabilizzazione della spesa. Opportunamente, il percorso di un regionalismo maturo veniva definito attraverso vari passaggi, prevedendo il «superamento graduale, per tutti i livelli istituzionali, del criterio della spesa storica a favore: 1) del fabbisogno *standard* per il finanziamento dei livelli essenziali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione, e delle funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera *p*), della Costituzione; 2) della perequazione della capacità fiscale per le altre funzioni (art. 2, l. *m*)». Da allora tutto è rimasto come prima, per la mancata definizione dei costi standard e per l'inesistenza di misure perequative.

Anche chi non è pregiudizialmente contrario al regionalismo differenziato non può non rilevare che il percorso costituzionalmente corretto, previsto già dal 2009, è del tutto mancato, cosicché la “fuga in avanti” di un regionalismo differenziato senza perequazione è un grave pericolo, che accentua i divari di cittadinanza e giustifica le preoccupazioni di gran parte della dottrina[19].

L'enunciazione delle misure perequative contenuta nei disegni di legge Calderoli si limita alla citazione di quanto già previsto nell'art. 119 Cost., ma senza definire mezzi e strumenti per realizzarle; non viene istituito alcun fondo perequativo né indicato il modo in cui le Regioni dovrebbero contribuirvi[20].

La perequazione, secondo la norma costituzionale, va calcolata secondo la capacità fiscale per abitante, mentre attualmente, ad esempio per la distribuzione del maggior fondo destinato alle Regioni in materia sanitaria, è lo Stato a determinare quanto attribuire alle Regioni, che dividono tra loro tale fondo in modo da garantire un finanziamento *pro capite* simile. Cosicché «la perequazione è dunque realizzata, in quel contesto, non tanto sulla base della diversità della “capacità fiscale per abitante” ma sulla base del riconoscimento di fabbisogni simili fra le Regioni, calcolati sulla base della ripartizione delle risorse messe a disposizione dello Stato»[21]. Non avendo tributi propri, la pseudo perequazione non è altro che la compartecipazione delle Regioni ad un fondo statale trasferito ad esse. Da ciò si deduce che la mancata previa determinazione delle forme e delle modalità di perequazione rischia di trasformare queste risorse «da prestazioni sostanziali da garantire a mere quote di compartecipazione al gettito di tributi erariali maturato nel territorio regionale (come già ricordato manca un riferimento a possibili tributi propri delle regioni differenziate), sul modello già impiegato in materia di riparto del fondo sanitario nazionale» [22].

In conclusione, la determinazione dei LEP attraverso i costi standard, accertati sulla spesa storica, come previsto nella legge di bilancio, non consente di realizzare la perequazione prevista dall'art. 119 Cost. e comporta ulteriori divari di cittadinanza. Non vi è traccia, inoltre,

di un fondo perequativo, anzi sia nella prima che nella seconda bozza del disegno di legge la modalità di finanziamento rimane la compartecipazione al gettito di tributi erariali maturati nel territorio regionale^[23], così confermando la differenza tra territori, dovuta alla diversa capacità fiscale (art. 5 nuova bozza).

Peraltro, entrambe le bozze presentano, su questo profilo, un'altra contraddizione. Da una parte, nella legge di bilancio si configura un procedimento complesso per la determinazione dei LEP e dei costi standard, dall'altra la prima bozza del disegno di legge prevedeva che, fino alla determinazione dei costi e dei fabbisogni standard, si sarebbe fatto ricorso «al criterio della spesa destinata a carattere permanente, fissa e ricorrente, a legislazione vigente», sia per le materie soggette ai LEP sia per quelle che non li prevedano. Né è migliore la modifica introdotta con la nuova bozza che attribuisce alle singole intese - come meglio si vedrà di seguito - il potere di prevedere modalità e procedure per il trasferimento delle funzioni (art. 4).

4. Le materie oggetto dell'autonomia differenziata

Il dibattito sull'autonomia differenziata si è soffermato molto sulle procedure necessarie nonché sulla determinazione dei livelli essenziali di prestazione dei diritti civili e politici, molto meno sulle materie oggetto di trasferimento, la cui eterogeneità pone alcune rilevanti questioni.

Il primo disegno di legge Calderoli distingueva esplicitamente tra materie sottoposte ai LEP e materie o ambiti di materie non riferibili ai livelli essenziali delle prestazioni (art. 3, c. 3), individuando una diversa disciplina ai fini del trasferimento alle Regioni. La modifica ora introdotta nella nuova bozza mantiene tale dicotomia, confermando che le materie sottoposte ai LEP possono essere trasferite solo dopo la determinazione degli stessi LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard (art. 4, c. 1), mentre invece le materie diverse da quelle del comma 1 (id est: non sottoposte ai LEP), possono essere trasferite subito dopo l'approvazione del disegno di legge, secondo modalità, procedure e tempi definiti dalle intese (art. 4, c. 2).

Tuttavia resta indefinito come si individuano le materie o gli ambiti di materie esclusi dall'applicazione dei LEP^[24]. Il primo disegno di legge attribuiva alla totale discrezionalità del Presidente del Consiglio dei ministri l'individuazione di tali materie (art. 3, c. 3). La seconda bozza elimina questa disposizione, ma - come già rilevato - lascia alle trattative tra Stato ed ogni singola Regione il potere discrezionale di stabilire quali siano le materie non soggette ai LEP. Il rimedio è peggiore del male, perché la nuova disposizione, lasciando alla contrattazione delle singole Regioni con lo Stato l'individuazione delle materie sottratte ai LEP, potrebbe finanche produrre l'effetto paradossale che una stessa materia possa essere sottoposta al regime dei LEP in una Regione e non in un'altra.

Sotto altro profilo, tali disposizioni confermano che, non essendo tutte le materie previste dall'art. 116 c. 3 Cost. valutabili alla luce dei LEP, la determinazione di essi è operazione connessa ma autonoma rispetto alla partita del regionalismo differenziato^[25].

Il mancato assoggettamento ai LEP di alcune materie induce addirittura a domandarsi se esse siano oggetto di possibile trasferimento e con quali modalità, a maggior ragione perché alcune di esse attengono ad un contesto sovra-regionale, tale da renderne difficile un trasferimento *tout court*.

La dottrina si è infatti chiesta, ad esempio, se sia logico, soprattutto dopo gli eventi pandemici e bellici, che una materia come i rapporti internazionali possa essere oggetto di potestà legislativa regionale, così come la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia o anche la disciplina di porti ed aeroporti civili o delle grandi reti di trasporto e di navigazione. Il rischio concreto, insito nel processo di trasferimento della legislazione alle Regioni in queste materie, è uno spezzettamento della disciplina normativa, che impedisca le necessarie politiche nazionali, anche perché alcune di tali materie sono oggetto di politiche che coinvolgono non solo lo Stato nazionale, ma addirittura organismi sovranazionali^[26].

Una diversa, ma ancora più complessa questione si pone, invece, per le materie oggetto dei LEP, prima di tutto istruzione e sanità.

Per valutare in concreto quali possano essere gli scenari possibili, è utile tenere conto delle concrete fattispecie previste nelle bozze delle intese già predisposte con le tre Regioni che avevano da tempo avviato il processo autonomistico.

Se consideriamo, ad esempio, il settore nevralgico dell'istruzione, tutte le tre Regioni potranno determinare la programmazione dell'offerta formativa, con la possibilità di definire anche la dotazione organica e l'assegnazione alle singole scuole dei docenti; potranno costituire un fondo regionale per contratti a tempo determinato in caso di necessità dell'organico delle scuole, anche istituendo posti in deroga; potranno finanziare nuovi corsi universitari, con ulteriori risorse rispetto al fondo di finanziamento ordinario statale.

In materia di salute, le intese prevedono, tra l'altro, l'autonomia regionale nell'organizzazione della *governance* delle aziende sanitarie ed una maggiore autonomia legislativa, amministrativa ed organizzativa in materia di istituzione e gestione di fondi sanitari integrativi. Quanto al personale, si introduce una maggiore autonomia finalizzata a rimuovere specifici vincoli di spesa stabiliti dalla normativa statale, inclusa la regolamentazione dell'attività libero professionale e la facoltà, in sede di contrattazione integrativa collettiva, di prevedere, per i dipendenti del SSN, incentivi e misure di sostegno.

Siffatte previsioni normative potrebbero comportare un miglioramento dei servizi nelle Regioni con maggiore produzione di reddito, ma non sono consone al principio di perequazione, in quanto non corrispondono al principio di cui all'art. 119 Cost.

Invero non si vuole qui fare riferimento solo alle risorse economiche pur importanti, ma al rischio di una più profonda frammentazione delle materie. Ad esempio, nel caso dell'istruzione, i ragazzi della scuola dell'obbligo che si trasferiscono da una Regione all'altra saranno costretti a cambiare radicalmente i programmi di studio? E cosa avverrà del lavoro nelle amministrazioni pubbliche sia per quanto attiene all'istruzione che alla sanità? Non si può escludere l'attuazione di "gabbie salariali", con contratti dal contenuto differenziato da Regione a Regione (in tal senso la recente polemica suscitata dalle dichiarazioni, invero smentite, del Ministro dell'istruzione e del merito). Si potrebbero introdurre, come stigmatizzato a legislazione vigente dalla Corte costituzionale, misure limitative per i docenti

o per i fruitori di servizi sociali che non abbiano residenza da un certo numero di anni nella Regione?^[27].

Sui profili contenutistici delle intese va fatto un serio discernimento. Ecco perché la previsione di un'intesa concordata dallo Stato con ogni singola Regione, senza una previa determinazione di principi generali e di criteri perequativi costituzionalmente previsti, rappresenta un serio rischio di un'autonomia differenziata che aumenti, invece di ridurre, i divari di cittadinanza.

* Intervento, rivisto ed aggiornato, presentato al seminario dei Lunedì di Giustizia Insieme *Novità e possibilità dell'autonomia differenziata nelle più recenti proposte di riforma*.

[1] G. Gardini, C. Tubertini, *L'amministrazione regionale*, Torino, 2022.

[2] G. Pastori, *Le regioni senza regionalismo*, in *Il Mulino*, 2, 1980, 204 ss.

[3] M. Luciani, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 1994.

[4] A. Ruggeri, *Devolution, "controriforma" del titolo V e uso congiunturale della Costituzione, ovvero sia quando le "ragioni" della politica offuscano la ragione costituzionale*, in *Dirittiregionali.it*, 24 aprile 2003.

[5] R. Bifulco, *Il regionalismo tra processi federali e sistema dei partiti*, in *Italianieuropei*, 3, 2009, 172 ss.

[6] Per una recente ed approfondita analisi degli squilibri territoriali: ISTAT, *I divari territoriali nel PNRR: dieci obiettivi per il Mezzogiorno*, Focus, 25 gennaio 2023. Sul punto, anche: A. Barone, F. Manganaro, *PNRR e Mezzogiorno*, in *Quad. cost.*, 1, 2022, 148 ss.; F. Manganaro, *Regionalismo differenziato: dove eravamo rimasti?*, in *Astrid Rassegna*, 9/2022.

[7] F. Manganaro, *Politiche di coesione*, in *Enc. Dir. – I tematici*, Milano, 2022, 839 ss.

[8] M. Cammelli, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art. 116.3 Cost.*, in *Astrid*, maggio 2019.

[9] Sulla necessità di un quadro generale di riferimento: R. Bifulco, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, 4, 2019, 260 ss.

[10] Di recente: G. M. Salerno, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia differenziata*. Editoriale, in *Federalismi.it*, 11 gennaio 2023, secondo cui, «La scelta a favore della legge di attuazione ovvero "legge-quadro" – soluzione che, tra l'altro, nella scorsa legislatura era stata suggerita anche dalla Commissione ministeriale di studio presieduta dal compianto Amico e Collega Beniamino Caravita - va senz'altro accolta positivamente, considerato quanto si è appena detto circa la necessità costituzionalmente rilevante, oltre che l'opportunità, di disporre di uno strumento regolatorio di ordine generale che permetta la corretta attuazione dell'art. 116, comma terzo, Cost.».

[11] Sul punto, si vedano le puntuali osservazioni di E. Zampetti, *Novità e possibilità dell'autonomia differenziata nelle più recenti proposte di riforma. Introduzione a un dibattito sul tema dell'autonomia differenziata*, in *questa Rivista*.

[12] Manifesta una fondata opinione critica A. Cioffi, *Il problema dei LEP nell'autonomia differenziata. Una spiegazione della differenza*, in *questa Rivista*.

[13] Sulla indispensabile necessità di determinare i LEP, osserva la Corte costituzionale (sent. 220/2021) che «La non fondatezza della questione peraltro non esime questa Corte dal valutare negativamente il perdurante ritardo dello Stato nel definire i LEP, i quali indicano la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura

fondamentale, nonché «<il nucleo invalicabile di garanzie minime>> per rendere effettivi tali diritti (*ex multis*, sentenze n. 142 del 2021 e n. 62 del 2020)>>.

[14] Si è peraltro paventato il sospetto che l'introduzione della disciplina nella legge di bilancio sia avvenuta per evitare che possa essere sottoposta ad un referendum abrogativo nazionale, non consentito dall'art.75 Cost.: P. Maddalena, *L'attuazione dell'articolo 116 della costituzione. Bozza Calderoli*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2022.

[15] Peraltro la norma affida tale compito alla stessa società pubblica SOSE s.p.a. a cui era già stata inutilmente assegnata in passato ai sensi del d.lgs. 2010 del 2016, attuativo del federalismo fiscale.

[16] In tal senso: A. Cioffi, *Il problema dei LEP nell'autonomia differenziata. Una spiegazione della differenza*, cit.

[17] Su questo punto, di recente, G. Gardini, C. Tubertini, *Le prospettive del regionalismo: idee per una rifondazione*, in *Astrid Rassegna*, 2/2023, 47, secondo cui «una volta risolto il nodo della determinazione dei fabbisogni standard e della perequazione, si potrà forse guardare con minore preoccupazione anche all'ipotesi dell'attivazione della clausola della c.d. autonomia differenziata ex art. 116, comma 3, Cost.».

[18] Tra i tanti lavori sul punto, si veda: L. Antonini, *La rivincita della responsabilità. A proposito della nuova legge sul federalismo fiscale*, in *Quad. suss.*, 2009, 1 ss.; R. Bifulco, *Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale*, in *www.astrid-online.it*, 24 maggio 2009; G. Rivosecchi, *La determinazione dei fabbisogni standard degli enti territoriali: un elemento di incertezza nella via italiana al federalismo fiscale*, in *www.federalismi.it.*, 20 aprile 2011; F. Trimarchi Banfi, *Il regionalismo differenziato: una questione preliminare*, in *Astrid Rassegna*, 12/2019; A. Poggi, *Il regionalismo italiano ancora alla ricerca del "modello plurale" delineato in Costituzione*, in *Federalismi.it*, 8 maggio 2020; S. Pajno, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi.it*, 4 marzo 2020; L. Di Majo, *Il regionalismo differenziato: un questione di metodo prima ancora del merito*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 255 ss.; S. Staiano, *Anti-mitopoiesi. Breve guida pratica al regionalismo differenziato con alcune premesse*, in *Federalismi.it*, 2 novembre 2022.

[19] A. D'Atena, *Dove vanno le Regioni?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2022; C. Mirabelli, *Vanno evitate forzature per non sbagliare il passo*, in *Il Quotidiano del Sud*, 17 novembre 2022; I. Sales, *Un'idea cinica del Paese*, in *La Repubblica*, 18 novembre 2022; M. Villone, *Il progetto Calderoli sull'autonomia è pericoloso*, in *Domani*, 20 novembre 2022; S. Cassese, *L'autonomia voluta dalla Lega ferisce l'unità del Paese*, in *La Stampa*, 21 novembre 2022; G. De Minico, *Perché il ddl Calderoli supera il confine della legittimità costituzionale*, in *Il Sole 24 ore*, 6 gennaio 2023; I. Cipolletta, *L'imbroglione dell'autonomia. Troppi poteri a regioni già inutili*, in *Domani*, 9 gennaio 2023.

[20] Lo dimostrano con un'accurata analisi economica, in relazione alla disciplina del federalismo fiscale, A. Filippetti, F. Tuzi, *Autonomia finanziaria regionale e regionalismo asimmetrico: verso un finanziamento dell'asimmetria ben temperato*, in *Argomenti*, 17, 2021, 70 ss.

[21] L. Spadacini, M. Podetta, *L'autonomia differenziata: spunti a partire dalla ed. Bozza Calderoli e dall'ultima legge di bilancio*, in *Astrid Rassegna*, 2/2023.

[22] L. Spadacini, M. Podetta, *L'autonomia differenziata: spunti a partire dalla ed. Bozza Calderoli e dall'ultima Legge di bilancio*, cit.

[23] Nella prima bozza di disegno di legge le funzioni trasferite venivano finanziate anche con riserva di aliquota.

[24] In questo senso ora anche: G. Gardini, C. Tubertini, *Le prospettive del regionalismo: idee per una rifondazione*, 47- 48.

[25] A. Cioffi, *Il problema dei LEP nell'autonomia differenziata. Una spiegazione della differenza*, cit.

[26] A. Ruggeri, *La "specializzazione" dell'autonomia regionale: i (pochi) punti fermi del modello costituzionale e le (molte) questioni aperte*, in *Consulta Online*, 31 ottobre 2019, 600 ss.

[27] Ad esempio, la Corte, nella sentenza n. 107/2018, ha ritenuto costituzionalmente illegittima una legge regionale, che prevedeva come fattore preferenziale per l'iscrizione agli asili nido la residenza o lo svolgimento di attività lavorativa per almeno quindici anni in Veneto, sul presupposto che i diritti fondamentali della persona vanno tutelati indipendentemente dal tempo di residenza in una Regione.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2755– 27 aprile 2023

Demo-ricostruzione e ripristino di edifici crollati: le declinazioni della continuità ai fini dell'inquadramento nella ristrutturazione edilizia (Cons. St., Sez. VI, 18 gennaio 2023 n. 616 e Cass. pen., Sez. III, 18 gennaio 2023 n. 1669)

di Giuseppina Mari

Sommario: 1. Le vicende oggetto delle due sentenze: ricostruzione e categoria della ristrutturazione edilizia. – 2. Il progressivo ampliamento della nozione di ristrutturazione edilizia nel t.u. edilizia. – 3. Demo-ricostruzione e continuità sostanziale (oltre che temporale). – 4. Ripristino di edifici diruti: natura sostanziale di nuova costruzione e conseguenze. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Le vicende oggetto delle due sentenze: ricostruzione e categoria della ristrutturazione edilizia

Con due pronunce di pari data del gennaio 2023 Cassazione e Consiglio di Stato forniscono un'interpretazione della categoria di intervento edilizio della “ristrutturazione edilizia”^[1] che ne circoscrive rigorosamente l'ambito di applicazione con riguardo, rispettivamente, alla demo-ricostruzione e al ripristino di edifici diruti.

Nella fattispecie affrontata dalla Cassazione viene in rilievo un permesso di costruire rilasciato per la demolizione di una casa colonica, costituita da due unità immobiliari e da alcuni annessi agricoli, con costruzione, in luogo delle predette strutture, di un complesso residenziale costituito da dieci villini in linea e un parcheggio a raso. La questione essenziale trattata, qui di interesse, attiene alla configurabilità o meno nella specie di un intervento di

ristrutturazione edilizia, quale categoria di intervento massimo consentito nel piano di recupero ivi vigente. Risolvendo in senso negativo la questione, la Suprema Corte, pur prendendo atto dei ripetuti interventi del legislatore che hanno ampliato la nozione di ristrutturazione edilizia (su cui si darà conto *infra*), ritiene sia rimasta invariata “la *ratio* qualificante l'intervento edilizio, che, postulando la preesistenza di un fabbricato da ristrutturare, è comunque finalizzata al recupero del medesimo, pur con le ammesse modifiche di esso”. Tale essendo la finalità, non può essere ragionevolmente sussunto nella categoria della ristrutturazione edilizia un intervento che faccia scomparire ogni traccia della preesistenza; l'esito della trasformazione è più correttamente da qualificarsi come “nuova costruzione” e, peraltro, è di tale rilevanza sotto il profilo urbanistico da far ritenere integrati i presupposti della lottizzazione abusiva.

Nella fattispecie decisa dal Consiglio di Stato viene in rilievo un intervento di ripristino di un preesistente fabbricato abitativo integralmente demolito nel 1995 in quanto gravemente danneggiato dal sisma occorso in Campania negli anni '80. Nel 2014, a distanza di un ventennio dalla demolizione, i proprietari presentano un'istanza di permesso di costruire per realizzare un edificio fedele al preesistente, in ritenuta applicazione dell'art. 30, co. 1, lett. a), d.l. 21 giugno 2013 n. 69 (noto come decreto del fare), convertito nella l. 9 agosto 2013 n. 98, che, modificando e integrando l'art. 3 t.u. edilizia (d.P.R. n. 380/2001), ha incluso nella categoria della “ristrutturazione edilizia” la ricostruzione di edifici crollati o demoliti dei quali possa essere dimostrata la preesistente consistenza. Mentre la commissione edilizia integrata e il responsabile dell'ufficio del paesaggio del comune condividono la sussunzione nella predetta categoria di intervento – trattandosi di fedele ricostruzione di un documentabile fabbricato demolito –, in termini negativi si esprime la soprintendenza, competente sul progetto in ragione del vincolo paesaggistico gravante sull'intero territorio comunale. In particolare, l'amministrazione statale, rilevato che l'edificio non risulta più esistente dal 1995, motiva il proprio parere negativo in ragione del divieto di “qualsiasi intervento che comporti incremento dei volumi esistenti” sancito per la zona di riferimento dal piano territoriale paesistico approvato nel 2002.

Nel giudicare legittimo il diniego, il Consiglio di Stato fornisce una rigorosa interpretazione della disciplina dell'intervento del ripristino di edifici crollati o demoliti sotto due distinti profili: il presupposto del crollo o della demolizione della preesistenza deve essere successivo all'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 69/2013; sono comunque opponibili al progetto di intervento in questione le previsioni – come quelle urbanistiche e paesaggistiche – entrate in vigore successivamente alla demolizione o al crollo e che, come nella specie, non consentano la realizzazione di nuovi volumi o nuove costruzioni. Se l'interpretazione della irretroattività come riferita anche al verificarsi dei presupposti della fattispecie appare discutibile, il secondo principio, ampiamente argomentato dal Consiglio di Stato, consente di ricondurre a ragionevolezza una previsione normativa altrimenti idonea a incidere in modo imprevedibile e significativo sull'assetto del territorio e sulle scelte di pianificazione urbanistica.

2. Il progressivo ampliamento della nozione di ristrutturazione edilizia nel t.u. edilizia.

Le attuali definizioni delle diverse categorie di intervento edilizio – come noto, fondamentali ai fini della individuazione dei titoli abilitativi necessari e delle sanzioni in caso di abusi nonché ai fini della corretta lettura degli strumenti urbanistici che a tali categorie fanno riferimento nell'individuare gli interventi consentiti^[2] – riprendono in parte quelle contenute nella l. n. 457/1978 che, nel disciplinare i neo-introdotti piani di recupero e gli interventi di recupero del patrimonio edilizio esistente, all'art. 31 definiva gli interventi di ristrutturazione edilizia come “quelli rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, la eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti”.

La distinzione rispetto all'intervento di “nuova costruzione” rilevava all'epoca non tanto sotto il profilo del titolo edilizio necessario (comunque rappresentato dalla concessione edilizia ai sensi della l. n. 10/1977), quanto sotto il profilo dell'onerosità (beneficiando la ristrutturazione edilizia di un regime contributivo di favore), del diverso trattamento sanzionatorio previsto dalla l. 28 febbraio 1985, n. 47, e della disciplina urbanistica applicabile (alla ristrutturazione edilizia applicandosi quella della preesistenza legittima e non quella, eventualmente diversa, recata da norme di legge o di piano sopravvenute)^[3].

La definizione di ristrutturazione edilizia era stata interpretata dalla giurisprudenza come comprensiva anche degli interventi consistenti nella demolizione e successiva ricostruzione di un fabbricato, a condizione che la ricostruzione fosse fedele – in termini di piena conformità di sagoma, volume e superficie tra il vecchio e il nuovo manufatto – e fosse effettuata in un tempo ragionevolmente prossimo a quello della demolizione^[4], dovendo altrimenti l'intervento essere qualificato come “nuova costruzione”. Identificata l'intenzione del legislatore nell'obiettivo di agevolare il recupero estetico e funzionale di manufatti che, in quanto già inseriti nel tessuto edilizio, non determinano per effetto dell'intervento un incremento del carico urbanistico dell'area interessata, la giurisprudenza ne faceva conseguire il principio secondo cui gli interventi di ristrutturazione edilizia soggiacciono alla normativa urbanistica sostanziale vigente all'epoca di realizzazione del manufatto oggetto di recupero (e non a quella, eventualmente diversa, vigente alla data della richiesta del titolo abilitativo necessario per il nuovo intervento).

La finalità di recupero non era contraddetta dalla possibilità – prevista in definizione – che l'intervento potesse portare a un organismo in tutto o in parte diverso dal precedente e, quindi, integrare anche un'attività di trasformazione (tramite il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti): identificato nell'organismo preesistente l'elemento qualificante del recupero e della trasformazione, l'eventuale diversità – ancorché in ipotesi totale – non avrebbe potuto coincidere con la novità assoluta, risultando altrimenti integrata una nuova costruzione^[5].

Così delimitata la nozione, essa era quindi reputata idonea ad accogliere – non per creazione giurisprudenziale, ma in ragione di una corretta interpretazione del tenore letterale e della finalità della disposizione di riferimento^[6] – anche la demolizione e fedele ricostruzione, “specie quando ciò risulti più conveniente sotto il profilo tecnico ed economico”: la demolizione in tale caso identifica, infatti, “lo strumento necessario per la realizzazione del

risultato finale, costituito dal pieno ripristino del manufatto^[7], vale a dire una sua preliminare modalità esecutiva.

Il t.u. edilizia, d.P.R. n. 380/2001, nella versione originaria dell'art. 3, co. 1, lett. *d*), riproponendo la definizione di ristrutturazione edilizia, vi includeva espressamente gli interventi “consistenti nella demolizione e successiva fedele ricostruzione di un fabbricato identico, quanto a sagoma, volumi, area di sedime e caratteristiche dei materiali, a quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica”.

Come illustrato dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento, l'espressa inclusione della demo-ricostruzione tra gli interventi di ristrutturazione edilizia sottende l'adesione e il recepimento dell'elaborazione giurisprudenziale di cui si è riferito, e trova fondamento nell'essere il *genus* ristrutturazione edilizia una tipologia di intervento edilizio che “presuppone la preesistenza e la conservazione di un edificio, che si intende rinnovare o modernizzare”. Il tratto distintivo della ristrutturazione edilizia è rappresentato, quindi, dall'esistenza di una relazione di continuità tra l'edificio preesistente all'intervento e l'edificio che di questo sia il risultato.

A distanza di poco tempo, con il d.lgs. 27 dicembre 2002 n. 301, venivano parzialmente attenuati i tratti rigorosi della relazione di continuità, limitando i relativi parametri identificativi alla volumetria e alla sagoma (mentre veniva espunto il riferimento all'area di sedime e alle caratteristiche dei materiali e, significativamente, non veniva riproposto il più generale concetto di “fedele ricostruzione”). Peraltro, l'inserimento nella macrocategoria degli interventi di “recupero” – e, quindi, la coerenza a tale finalità – conduceva a ritenere, per esigenze di interpretazione logico-sistematica della nuova normativa, che la ristrutturazione edilizia, per essere tale e non finire per evanescenza dei presupposti per inglobare interventi di trasformazione più correttamente qualificabili come “nuova costruzione”, dovesse comunque conservare le caratteristiche fondamentali dell'edificio preesistente^[8] e che, ad esempio, l'eliminazione tra i referenti della continuità dell'area di sedime non aprisse la strada al posizionamento discrezionale della preesistenza nel lotto, se non addirittura in altro sito, ma consentisse modifiche dell'area di sedime nei limiti delle varianti non essenziali (per il riempimento della cui nozione l'art. 32 t.u. edilizia rinvia, come noto, alle definizioni delle leggi regionali)^[9].

È del resto proprio in ragione di tale relazione di continuità – e della già intervenuta trasformazione del territorio^[10] – che gli oneri di urbanizzazione corrisposti con riferimento alla preesistenza sono riconosciuti e portati a scampo in caso di demo-ricostruzione^[11].

Nell'elaborazione originaria del t.u., la relazione di continuità tra edificio preesistente demolito e quello risultante dalla ricostruzione richiedeva, inoltre, oltre al rispetto della volumetria, della sagoma e degli elementi distintivi, anche che le due operazioni avvenissero in un unico contesto temporale, senza soluzione di continuità: l'intervento, in definitiva, è unitario in quanto la demolizione è finalisticamente legata alla ricostruzione, è un mezzo per la sua realizzazione^[12].

Su tale continuità temporale (o contestualità) ha poi inciso nel 2013 il già citato art. 30, co. 1, lett. *a*), d.l. n. 69/2013, convertito nella l. n. 98/2013, che ha ampliato la definizione della “ristrutturazione edilizia” includendovi gli interventi volti al ripristino di edifici, o parti di

essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione, a condizione che sia possibile accertarne la preesistente consistenza^[13].

Si tratta di interventi edilizi che in precedenza la giurisprudenza aveva qualificato come “nuova costruzione” in base alla combinata considerazione che un rudere ha perso, sia in termini strutturali che funzionali, i caratteri dell’entità urbanistico-edilizia originaria^[14], mentre la preesistenza oggetto di intervento deve essere un organismo edilizio dotato di componenti essenziali – quali murature perimetrali, strutture orizzontali e copertura – idonee ad assicurargli un minimo di consistenza (e a identificare un volume) e a farlo giudicare presente nella realtà materiale^[15], in mancanza delle quali si identifica un’area non edificata^[16].

La ricostruzione di ruderi – vale a dire residui edilizi inidonei a identificare i connotati essenziali dell’edificio nei termini predetti – veniva pertanto ricondotta nell’alveo della “nuova costruzione”, non rilevando in senso contrario la possibilità di risalire, attraverso complesse indagini tecniche, all’originaria consistenza di un manufatto oramai non più esistente come tale^[17].

In chiara rottura rispetto al sintetizzato orientamento giurisprudenziale, l’inclusione nel 2013 nella ristrutturazione dell’intervento consistente nella sola ricostruzione di quanto risulti già demolito o crollato comporta che il concetto di preesistenza non si basi più sull’esistenza attuale del manufatto (preesistenza materiale) ma sulla relativa documentazione (preesistenza documentale)^[18].

Contestualmente, il decreto del fare ha eliminato – a eccezione degli “immobili sottoposti a vincoli ai sensi del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42”^[19] – la condizione, prima necessaria per l’inquadramento nella ristrutturazione edilizia della demo-ricostruzione, del rispetto della sagoma dell’edificio preesistente e, conseguenzialmente ma implicitamente, anche quella connessa all’area di sedime^[20]. Il rispetto di tale condizione è stata direttamente non menzionata per la neo-introdotta fattispecie del ripristino di ruderi.

Demo-ricostruzione e ripristino sono “accomunati dalla medesima finalità di contenimento del consumo di suolo”^[21]. Si legge, infatti, nella relazione al decreto del fare che: “Al fine di favorire la riqualificazione del patrimonio edilizio esistente ed evitare ulteriore consumo del territorio, si agevolano gli interventi di ristrutturazione edilizia volti a ricostruire un edificio con il medesimo volume dell’edificio demolito, ma anche con sagoma diversa dal precedente, e si ricomprendono tra gli interventi di demolizione e ricostruzione classificati come interventi di ristrutturazione edilizia anche quelli volti al ripristino di edifici, o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza”. La lettura della relazione è utile per comprendere la *ratio* dell’inserimento nella ristrutturazione edilizia, ancorché la relazione stessa si esprima in modo non preciso – per ciò che si dirà *infra* nel paragrafo 4 – nella parte in cui comprende gli interventi di ripristino in quelli di demo-ricostruzione: si tratta di sottospecie di ristrutturazione edilizia diverse, con conseguente non integrale sovrapposibilità del relativo regime giuridico, come verrà rilevato.

La novella ha quindi intaccato il requisito della continuità anche sotto il profilo sostanziale, consentendo di ricostruire una preesistenza con diversa sagoma e ponendo come unico limite quello della volumetria.

Si tratta in ogni caso di modifiche per effetto delle quali talune fattispecie sino ad allora rientranti nella nozione residuale di “nuova costruzione”, recata dall’art. 3, co. 1, lett. e) t.u. edilizia, sono state fatte “scivolare”^[22] entro la diversa categoria della ristrutturazione edilizia.

La giurisprudenza, peraltro, si manteneva ostinatamente ferma nel richiedere una sostanziale continuità con l’edificio preesistente nelle caratteristiche planivolumetriche e architettoniche^[23].

Ed è probabilmente in risposta a tale rigore giurisprudenziale che il d.l. 16 luglio 2020 n. 76 (decreto semplificazioni), convertito nella l. 11 settembre 2020 n. 120, ha espressamente incluso nella ristrutturazione edilizia gli interventi di demo-ricostruzione di edifici esistenti “con diversa sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche, con le innovazioni necessarie per l’adeguamento alla normativa antisismica, per l’applicazione della normativa sull’accessibilità, per l’installazione di impianti tecnologici e per l’efficientamento energetico”; e consentito, nei soli casi espressamente previsti dalla legislazione vigente o dagli strumenti urbanistici comunali, incrementi di volumetria, “anche per promuovere interventi di rigenerazione urbana”.

La riscrittura della definizione ha quindi specificato puntualmente i parametri la cui modifica non risulta rilevante, ammettendo espressamente che l’esito dell’intervento possa presentare “caratteristiche molto differenti”^[24]. La finalità perseguita dalla novella del 2020 è dichiaratamente quella di “semplificare e accelerare le procedure edilizie e ridurre gli oneri a carico dei cittadini e delle imprese, nonché di assicurare il recupero e la riqualificazione del patrimonio edilizio esistente e lo sviluppo di processi di rigenerazione urbana, decarbonizzazione, efficientamento energetico, messa in sicurezza sismica e contenimento del consumo di suolo” (art. 10, co. 1, d.l. n. 76 cit.)^[25].

Il rigore è stato invece conservato – e, anzi, accresciuto nei termini di una “fedele ricostruzione”^[26] – nella definizione dei parametri qualificanti la continuità con riferimento agli “immobili sottoposti a tutela ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio” nonché innovativamente – ma con salvezza di diverse previsioni legislative e degli strumenti urbanistici – a quelli ubicati nelle zone omogenee A o in zone a queste assimilabili in base alla normativa regionale e ai piani urbanistici comunali, nei centri e nuclei storici consolidati e negli ulteriori ambiti di particolare pregio storico e architettonico: in tali casi, gli interventi di demo-ricostruzione e quelli di ripristino di edifici crollati o demoliti costituiscono – nel testo del 2020 – interventi di ristrutturazione edilizia a condizione che siano mantenuti non solo la sagoma ma anche prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche dell’edificio preesistente e che non siano previsti incrementi di volumetria.

L’interpretazione letterale di tale ultima previsione conduceva a ritenere applicabile – a fronte peraltro di una prassi di minore rigore seguita da alcune amministrazioni^[27] – la clausola di salvaguardia non solo agli interventi su immobili gravati da specifico provvedimento di vincolo in quanto dotati di pregio intrinseco – e quindi sottoposti a specifica tutela come beni culturali *ex art. 10* o bellezze paesaggistiche individue ai sensi delle lettere *a* e *b* dell’art. 136 d.lgs. n. 42/2004 – ma anche a tutti gli immobili insistenti su aree tutelate con vincolo paesaggistico *ex lege* ai sensi dell’art. 142 d.lgs. n. 42/2004 o come bellezze d’insieme ai sensi delle lettere *c*) e *d*) dell’art. 136 citato^[28].

Sollecitato dall'esigenza pratica di rendere possibile applicare le agevolazioni sull'efficientamento energetico (si pensi al superbonus del 110%) – concesse per interventi al più inquadrabili nella ristrutturazione edilizia – anche agli interventi su immobili tutelati non *ex se* per caratteristiche intrinseche proprie ma in quanto inseriti in ambiti tutelati paesaggisticamente *ex lege* o come complessi più o meno estesi, il legislatore dell'urgenza è da ultimo intervenuto nuovamente ad ampliare l'ambito della ristrutturazione edilizia. Esclusivamente con riferimento alla speciale previsione relativa agli immobili tutelati, l'art. 28 d.l. 1 marzo 2022 n. 17 (decreto energia), convertito nella l. 27 aprile 2022 n. 34, e l'art. 14 d.l. 17 maggio 2022 n. 50 (decreto aiuti), convertito nella l. 14 luglio 2022, n. 91, hanno escluso dall'ambito applicativo della disposizione di maggior rigore, rispettivamente, gli edifici situati in aree vincolate paesaggisticamente *ex lege* ai sensi dell'art. 142 del Codice di settore e quelli situati in aree tutelate ai sensi degli artt. 136, co. 1, lett. c) e d) (vale a dire all'interno di "bellezze d'insieme") del medesimo Codice^[29].

3. Demo-ricostruzione e continuità sostanziale (oltre che temporale).

Come anticipato, nella fattispecie decisa dalla Cassazione l'intervento assentito con il permesso di costruire era funzionale non alla realizzazione di un organismo edilizio che, pur in ipotesi in tutto o in parte diverso dal precedente come consentito dall'art. 3, lett. d) t.u. edilizia, fosse "pur sempre identificabile con quest'ultimo" (rappresentato da una casa colonica e annessi agricoli), quanto piuttosto di plurimi e diversi organismi (quali le villette a schiera). Inoltre, la previsione in progetto di una strada e di parcheggi a raso è valsa a denotare, a giudizio della Suprema Corte, la predisposizione di un nuovo complesso residenziale, "distante dal criterio fondante della ristrutturazione", la quale impone, per rispettare la *ratio* della categoria di intervento e la distinzione rispetto alla "nuova costruzione", "un connubio materiale o comunque funzionale e identitario tra l'edificio originario e l'immobile frutto di ristrutturazione"^[30].

Il ragionamento conduce la Cassazione a escludere dall'ambito della categoria della "ristrutturazione edilizia" la moltiplicazione da un unico edificio di plurime distinte strutture così come, per converso, l'assorbimento di plurimi immobili in un unico complesso edilizio^[31].

Il necessario connubio tra preesistenza ed esito dell'intervento – e, quindi, la necessaria identificabilità del singolo immobile ristrutturato con il nuovo organismo realizzato – spiega perché esuli dalla nozione legislativamente fissata di ristrutturazione edilizia la demolizione di distinti immobili accessori con acquisizione della relativa volumetria all'immobile principale: difetta in tale caso la ricostruzione dell'edificio demolito; questo, anziché essere al più rinnovato o modificato nei termini consentiti dal t.u. edilizia, scompare, con mero acquisto all'immobile principale della relativa volumetria.

Si tratterebbe, in definitiva, di una demolizione a vantaggio di un diverso, nuovo, edificio.

La Suprema Corte desume la conferma della "ontologica necessità che l'intervento di ristrutturazione edilizia", nonostante le ampie concessioni legislative in termini di diversità tra la struttura originaria e quella frutto di ristrutturazione, "non possa prescindere dal conservare traccia dell'immobile preesistente" dall'art. 10 del decreto semplificazioni (d.l. n.

76/2020): questo introduce le integrazioni e modifiche dell'art. 3, lett. d), t.u. edilizia spiegando come esse rispondano alle finalità “di semplificare e accelerare le procedure edilizie e ridurre gli oneri a carico dei cittadini e delle imprese, nonché di assicurare il recupero e la qualificazione del patrimonio edilizio esistente e lo sviluppo di processi di rigenerazione urbana, decarbonizzazione, efficientamento energetico, messa in sicurezza sismica e contenimento del consumo di suolo”.

Ma dalla stessa lettura dell'art. 3 t.u. edilizia risulta che la totale o parziale diversità ammessa riguarda qualità dell'edificio che ne producono la trasformazione senza però determinarne l'eliminazione: gli interventi di demo-ricostruzione sono testualmente “ricompresi” “nell'ambito” degli interventi di ristrutturazione edilizia e, quindi, devono preliminarmente essere coerenti con la definizione generale. L'insieme sistematico di opere deve pertanto essere rivolto non a cancellare ma a trasformare la struttura di riferimento, lasciando permanere un rapporto di continuità con l'organismo precedente (configurando, altrimenti, il progetto un'opera nuova, destinata a confluire negli “interventi di nuova costruzione”, “strutturalmente connotati dalla assenza di una preesistenza edilizia”).

In altri termini, rileva condivisibilmente la Cassazione, “con riguardo alla ristrutturazione non vi è spazio per nessun intervento che lasci scomparire ogni traccia del preesistente”^[32].

4. Ripristino di edifici diruti: natura sostanziale di nuova costruzione e conseguenze.

In tema di ripristino e relativo regime giuridico, è necessario in primo luogo precisare i confini rispetto alla demo-ricostruzione, con cui il primo condivide l'essere una sottospecie dell'intervento di ristrutturazione edilizia. La distinzione rileva, ad esempio, allorquando permangano sul territorio tracce di una preesistenza (parti dei muri perimetrali, tracce di solaio, o altro) di cui l'intervento di ripristino implichi la preliminare rimozione e ha importanti implicazioni in merito al regime giuridico dell'intervento.

Si è ricordato che, per orientamento giurisprudenziale pacifico, esula dalla demo-ricostruzione *species* della ristrutturazione edilizia l'intervento che abbia ad oggetto un rudere di cui manchino elementi sufficienti a testimoniare le dimensioni e le caratteristiche dell'edificio da recuperare. In particolare, un manufatto costituito da alcune rimanenze di mura perimetrali e privo di copertura e di strutture orizzontali non può essere riconosciuto come edificio – *id est* volume – allo stato esistente^[33].

Per sottrazione, il ripristino di edifici crollati o demoliti riguarda le ipotesi in cui ciò che resta della preesistenza sul territorio non abbia la predetta consistenza.

Così distinto dalla demo-ricostruzione, il ripristino pone una serie di ulteriori questioni interpretative^[34], alcune delle quali non ancora risolte a distanza di un decennio dalla inclusione nella ristrutturazione edilizia, come la sentenza del Consiglio di Stato in commento dimostra.

Se sulla questione delle modalità di accertamento della preesistente consistenza la giurisprudenza è ampia e, salve alcune differenze sul grado di rigore della prova, pacifica, profili di maggiore incertezza riguardano le questioni: dell'eventuale rilievo da attribuire, ai

fini della inclusione nella ristrutturazione edilizia, alla distinzione tra ruderi ed edifici del tutto inesistenti ma comprovabili a mezzo di documentazione certa; di un eventuale limite temporale entro cui sia possibile ricostruire un edificio crollato o demolito da tempo, potendo la disposizione dell'art. 3, co. 1, lett. d) t.u. edilizia, in mancanza di diverse testuali indicazioni, fondare pretese a riedificare immobili da tempo inesistenti ma la cui esistenza e consistenza sia possibile dimostrare tramite documentazione catastale, tecnica, iconografica ecc.; del rispetto delle distanze, degli standard e delle previsioni urbanistiche vigenti alla data dell'intervento di ripristino, in considerazione del fatto che nel dimensionamento degli strumenti urbanistici e nel calcolo degli standard gli edifici diruti non necessariamente sono presi in considerazione dal pianificatore, con conseguenti problematiche urbanistiche in caso di loro ripristino.

Nella fattispecie del ripristino di ruderi il legislatore compensa la continuità che si perde sul piano temporale tra demolizione (o crollo) e ricostruzione sancendo il limite del rispetto della "preesistente consistenza" del fabbricato demolito o crollato. La prova della preesistente consistenza strutturale e plano-volumetrica – che, come è evidente, grava sul soggetto interessato a intraprendere l'intervento^[35] – è quindi elemento discretivo tra ristrutturazione e nuova costruzione^[36].

Nel dettaglio, viene giudicata non *sufficiente ai fini dell'inquadramento nella "ristrutturazione edilizia" la dimostrazione che un immobile sia esistito in un dato luogo e che attualmente risulti crollato, reputandosi necessario dimostrare, oltre all'an, il quantum (vale a dire l'esatta consistenza dell'immobile preesistente)*^[37].

Secondo parte della giurisprudenza, l'accertamento deve essere effettuato "con il massimo rigore e deve necessariamente fondarsi su dati certi ed obiettivi, quali documentazione fotografica, cartografie ecc., in base ai quali sia inequivocabilmente individuabile la consistenza del manufatto preesistente"^[38].

Più nel dettaglio, l'utilizzo del termine "consistenza" è stato inteso come comprensivo di tutte le caratteristiche essenziali dell'edificio preesistente (volumetria, altezza, struttura complessiva, ecc.) o come "complessivo ingombro piani-volumetrico (altezza, sagoma, prospetto, estensione)"^[39], con la conseguenza che la mancanza di dati certi relativamente anche a uno soltanto di questi elementi determina l'insussistenza del requisito richiesto dall'art. 3, co. 1, lett. d) t.u. edilizia^[40]. È ulteriormente specificato che la verifica non può essere rimessa ad apprezzamenti meramente soggettivi o al risultato di stime o calcoli effettuati su dati parziali, ma deve basarsi su dati certi, completi e obiettivamente apprezzabili^[41].

Esprime posizioni meno rigide quella giurisprudenza che ammette l'accertamento della preesistenza "anche in via deduttiva" e "anche in misura inferiore, ma [pur sempre: n.d.r.] comprovabile, rispetto a quanto assunto dagli interessati, ovvero optando, in presenza di più risultati possibili, motivatamente per quello più restrittivo"^[42]. Quest'ultimo orientamento giurisprudenziale si declina poi nella affermata illegittimità del diniego di permesso o del riscontro negativo alla s.c.i.a. che siano motivati dalla sola mancata prova certa della consistenza da parte del privato^[43].

In ogni caso, ai fini dell'accertamento viene in rilievo attualmente quanto previsto dal co. 1-bis dell'art. 9-bis t.u. edilizia^[44], introdotto nel 2020 dal d.l. semplificazioni, non solo perché la preesistenza deve essere legittima, ma in quanto la dimostrazione dei parametri urbanistici ed edilizi dell'edificio da ripristinare può essere fornita attraverso pratiche edilizie precedenti, o per gli immobili realizzati in un'epoca nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo

abilitativo edilizio, attraverso le informazioni catastali di primo impianto o altri documenti probanti, quali le riprese fotografiche, gli estratti cartografici, i documenti di archivio o altro dato, pubblico o privato, di cui sia dimostrata la provenienza, integrati, ove occorra, da indagini tecniche finalizzate a un – imprescindibile – calcolo della volumetria.

L’inserimento del ripristino tra gli interventi sull’esistente solleva poi la già anticipata questione della consistenza degli elementi superstiti della costruzione crollata o demolita, tema non trattato dalla giurisprudenza chiamata ad applicare la disciplina del t.u. edilizia precedente al decreto del fare in ragione della allora affermata equivalenza tra rudere ed edificio non più esistente^[45].

Se il recupero e la riqualificazione del patrimonio edilizio e delle aree edificate esistenti si pongono, nell’intenzione del legislatore, come strumento per contenere il consumo di suolo connesso a nuove edificazioni, e se in ragione di tale finalità è stata progressivamente ampliata la categoria della ristrutturazione edilizia, si giustifica il rigore dell’orientamento giurisprudenziale che afferma la necessità, affinché il ripristino possa essere ricondotto alla categoria della ristrutturazione (e non a quella della nuova costruzione), che l’intervento “resti all’interno del confine semantico dettato dalla nozione di ‘trasformazione’ di un edificio preesistente”, alla quale non può logicamente essere ricondotto il caso in cui non residui alcuna traccia materiale del preesistente edificio. Per quanto progressivamente ampliato, il concetto di ristrutturazione non può, infatti, “ontologicamente prescindere quantomeno dall’apprezzabile traccia di una costruzione preesistente, mancando la quale non si ravvisa il tratto distintivo fondamentale che caratterizza la ristrutturazione rispetto alla nuova edificazione e che è rappresentato [...] dalla ‘trasformazione’ di organismi edilizi, la quale presuppone che l’intervento si riferisca a una porzione di territorio a sua volta già compiutamente trasformata”^[46].

La possibilità di ricostruire qualcosa che fisicamente non esiste stride, già a livello teorico, con il concetto di ristrutturazione: il ripristino di edifici, per integrare ristrutturazione, richiede, quindi, “l’esistenza almeno di un rudere o comunque di resti attestanti la passata presenza dell’edificio e comportanti un impegno di suolo ancora in essere, a prescindere dalla loro incapacità di rivelare la consistenza originaria dell’immobile, cui sia necessario pervenire attraverso un’indagine storico-tecnica”^[47].

Si tratta di un limite della nozione di ristrutturazione edilizia che non trova riscontro in altra giurisprudenza che più genericamente collega la fattispecie “al caso di edificio che più non esiste, di cui però la consistenza originaria si può ricostruire” tramite un’indagine tecnica^[48].

Quest’ultimo orientamento estensivo, collegato alla laconicità del dato letterale che indica come oggetto di ripristino un edificio crollato o demolito senza richiedere espressamente elementi superstiti, è palesemente incoerente rispetto all’intenzione del legislatore (parimenti importante *ex art. 12 preleggi*) di “evitare l’ulteriore consumo di suolo, valorizzando le già intervenute trasformazioni edilizie del territorio”^[49] e conduce a risultati ancora più irragionevoli ove si consideri che il t.u. edilizia non fornisce alcuna indicazione sull’ulteriore questione se esista un limite temporale oltre il quale non si possa risalire nel tempo per dimostrare l’insistenza su un’area di una preesistenza e la relativa consistenza.

I notevoli e imprevedibili effetti urbanistici nonché sul rispetto di vincoli sopravvenuti che l’eccessiva genericità della fattispecie potrebbe determinare sono, almeno in parte, attenuati

grazie alla soluzione che il Consiglio di Stato nella sentenza in commento fornisce alla questione – riferibile anche al caso in cui tracce visibili della preesistenza permangano – del rilievo da riconoscere a sopravvenuti vincoli o norme di piani territoriali o urbanistici ostativi a nuove costruzioni o, comunque, impeditive del ripristino della preesistenza “come era” e “dove era”.

Come anticipato in premessa, nel caso trattato nella sentenza n. 616/2023 il privato aveva presentato il progetto di fedele ricostruzione dell’edificio, lesionato dal sisma del 1980 e demolito nel 1995, sul presupposto che la volumetria preesistente non si fosse mai estinta e, conseguentemente, l’intervento di ripristino progettato non realizzasse alcun nuovo volume vietato dal vigente piano territoriale paesistico.

Disattendendo le argomentazioni del privato, il giudice amministrativo rileva che quando la ricostruzione non segue “nel medesimo contesto temporale” alla demolizione o al crollo, sono “opponibili all’interessato le previsioni, entrate in vigore in epoca successiva alla demolizione o al crollo, che precludano la realizzazione, sul relativo fondo, di nuove costruzioni o di nuovi volumi”.

Per regola generale la demolizione di un edificio determina l’eliminazione, fisica e giuridica, della volumetria esistente, con la conseguenza che la ricostruzione dell’edificio è in linea di principio preclusa se, in epoca posteriore alla realizzazione della preesistenza, sono entrati in vigore nuovi strumenti di governo del territorio ostativi alla realizzazione di nuove costruzioni. A questa regola generale – spiega il Consiglio di Stato – fa eccezione, al ricorrere di determinate condizioni, il caso in cui la demolizione sia seguita, nell’ambito di un unitario intervento, dalla ricostruzione.

Invece, in caso di ripristino di un edificio crollato o demolito il legame di continuità – connotato, come visto, degli interventi di ristrutturazione –, non solo è più labile ma “viene ad esistenza solo *a posteriori*”, cioè a seguito della scelta del privato di ricostruire l’edificio crollato o demolito tempo prima: “fintanto che l’interessato non manifesta l’intenzione di procedere alla ricostruzione nella realtà fisica, il fabbricato non esiste più e quindi non può essere percepito come entità ‘virtualmente’ ancora presente”. Da ciò consegue che “le norme che, a vario titolo (urbanistiche, tutela del paesaggio, *etc.*), intervengono dopo la demolizione o il crollo dell’edificio, disciplinando l’uso del suolo in modo che la realizzazione di nuove costruzioni o di nuovi volumi non sia più consentita, devono ritenersi opponibili al proprietario del fondo, e quindi preclusive anche di interventi di ristrutturazione nel senso che qui si sta considerando, trattandosi di norme che legittimamente (e prima ancora logicamente) sono partite dalla considerazione del fondo come sgombro dai volumi che si intendono ricostruire, e sulla base di tale considerazione hanno espresso una scelta”^[50].

Il principio per cui la ‘volumetria’ rinveniente dalla demolizione/crollo di un edificio non si “estingue” se seguita dalla ricostruzione e per cui, conseguentemente, la relativa ricostruzione non è nuova costruzione non è quindi applicabile allorquando la ricostruzione non sia programmata in un momento precedente alla demolizione – e quindi la seconda non sia modalità esecutiva della prima –, non essendovi in tale caso certezza circa il fatto che tale volumetria sarà “riutilizzata”.

Diversamente opinando, in difetto di specifiche norme urbanistiche disciplinanti tale situazione^[51], il regime giuridico di un fondo sarebbe lasciato a “una situazione di incertezza

giuridica che ridonderebbe sulla capacità dell'amministrazione di programmare correttamente l'uso del territorio". Rileva condivisibilmente il Consiglio di Stato che in sede di pianificazione urbanistica l'amministrazione non sarebbe certa di poter ritenere la volumetria rinveniente da demolizioni/crolli quale volumetria ancora "impegnata" o esistente o, al contrario, non esistente e tale da poter essere eventualmente collocata altrove.

L'*iter* argomentativo conduce il Consiglio di Stato ad affermare che in caso di ripristino di edifici crollati – "in cui il legame di continuità tra l'edificio preesistente e quello ricostruito è fittizio, poiché frutto di una scelta assunta *a posteriori*, e anche perché l'edificio ricostruito non deve neppure essere totalmente fedele a quello preesistente (salvi i casi di ricostruzione in zona tutelata)" – "la volumetria rinveniente dalla demolizione o dal crollo di un edificio si estingue, salvo "rivivere" nel momento in cui il privato manifesta l'intenzione di utilizzarla nuovamente.

Badando alla sostanza dell'operazione, l'intervento integra, in realtà, una "nuova costruzione", il cui inserimento da parte del legislatore nella categoria della ristrutturazione edilizia è finalizzata ad una semplificazione procedurale (potendo essere assentita anche con s.c.i.a.), a un alleggerimento contributivo, oltre che a rendere possibile l'accesso – come forma di incentivo per interventi che soddisfano anche l'interesse pubblico al contenimento dell'uso del suolo e alla riqualificazione – ai benefici fiscali e agli incentivi connessi ai bonus edilizi.

La natura sostanziale di nuova costruzione, a prescindere dall'eccezionale regime giuridico abilitante, implica però che "all'atto della sopravvenienza di nuove norme che precludano sul fondo la realizzazione di nuove costruzioni o di nuovi volumi, gli interventi di ristrutturazione in parola devono ritenersi preclusi, salvo che non siano specificamente fatti salvi dalle nuove norme".

Se, quindi, dall'intervenuta demolizione o dal crollo dell'immobile non si può desumere una volontà del proprietario di abbandonare gli intenti edificatori di ricostruzione^[52] (a meno che nelle more tra demolizione o crollo e pretesa di ripristino il sedime su cui insisteva l'edificio da ripristinare sia stato oggetto di diversa trasformazione urbanistica-edilizia^[53]), al contempo, l'edificabilità del suolo – e quindi la possibilità di sfruttamento edificatorio – resta soggetta, come di regola accade in sede di nuova pianificazione o di variante per i residui di piano (cioè per le previsioni di trasformazione dello strumento urbanistico rimaste inattuato), a possibili sopravvenute diverse scelte di destinazione o di standard così come al sopravvenire di prescrizioni di vincolo più restrittive o in radice ostative all'edificazione^[54].

In definitiva, l'esito del ripristino – seppure agevolato sul piano procedurale con l'inserimento nella categoria della ristrutturazione edilizia – costituisce comunque un *novum*, sulla base della distinzione tra volume esistente (demo-ricostruzione) e volume virtuale (edificio crollato e demolito).

Il ragionamento del Consiglio di Stato sulla opponibilità delle previsioni di piano o di vincolo sopravvenute non può non rilevare, per ragioni di coerenza, anche in merito alle distanze: venendo sostanzialmente in rilievo una nuova costruzione, e dunque un *novum*, a prescindere dal fatto che il progettato ripristino sia fedele o meno, non possono non trovare applicazione le distanze prescritte al momento della ricostruzione.

Né, in senso contrario, potrebbe sostenersi l'applicabilità al ripristino dell'art. 2-*bis*, co. 1-*ter* t.u. edilizia, in quanto norma eccezionale e derogatoria e dunque non suscettibile di applicazione analogica.

Il testo originario^[55] dell'art. 2-*bis*, co. 1-*ter* t.u. edilizia, introdotto dal d.l. 18 aprile 2019 n. 32 (decreto sblocca cantieri), convertito in l. 14 giugno 2019 n. 55 confermava il principio generale dell'applicabilità a tutto ciò che identifica un *novum* delle distanze prescritte al momento dell'intervento di ristrutturazione. Disponeva, infatti, che “in ogni caso di intervento di demolizione e ricostruzione, quest'ultima è comunque consentita nel rispetto delle distanze legittimamente preesistenti purché sia effettuata assicurando la coincidenza dell'area di sedime e del volume dell'edificio ricostruito con quello demolito, nei limiti dell'altezza massima di quest'ultimo”. Si trattava della positivizzazione del principio elaborato dalla giurisprudenza^[56] per il quale la demo-ricostruzione di un edificio se effettuata con coincidenza di area di sedime e di sagoma si sarebbe sottratto al rispetto delle norme sulle distanze prescritte per le nuove costruzioni, mentre se effettuata senza il rispetto della sagoma preesistente e dell'area di sedime avrebbe rappresentato, quanto a collocazione fisica, un *novum*, soggetto come tale al rispetto (“indipendentemente dalla sua qualificazione come ristrutturazione edilizia o nuova costruzione”) delle norme sulle distanze^[57]. L'art. 9 n. 2 d.m. n. 1444/1968 riguarda, infatti, i “nuovi edifici” e non già gli edifici preesistenti^[58].

Nuovamente rincorrendo esigenze manifestatesi nella pratica, il già citato decreto semplificazioni nel 2020 ha poi modificato la disposizione poiché le condizioni poste risultavano eccessivamente limitanti riducendo nei tessuti urbani consolidati le possibilità di operare significativi interventi di rigenerazione (come trasformazioni planivolumetriche necessarie per cambi di destinazione d'uso o per migliorare caratteristiche architettoniche o per usufruire di premialità volumetriche incentivanti nella ricostruzione). Il legislatore ha quindi introdotto una norma eccezionale e derogatoria rispetto al ricordato principio generale, riscrivendo il citato co. 1-*ter* che attualmente recita: “In ogni caso di intervento che preveda la demolizione e ricostruzione di edifici [...] la ricostruzione è comunque consentita nei limiti delle distanze legittimamente preesistenti” (senza più imporre la condizione della coincidenza di sedime, volume e altezza)^[59].

Nel caso del ripristino (che, come illustrato, ha ad oggetto un volume virtuale) l'art. 2-*bis*, co. 1-*ter*, in quanto norma eccezionale ed espressamente riferita alla sola demo-ricostruzione, non può trovare applicazione e torna a vigere il principio generale che in riferimento a un *novum* – identificabile nella specie perché la volumetria si è estinta con la demolizione o il crollo, lasciando solo un potenziale edificatorio in termini di volume virtuale – considera opponibili le sopravvenienze^[60].

Tale soluzione – nella consapevolezza che risulta probabilmente di eccessivo rigore qualora il ripristino sia fedele e contribuisca a riqualificare un'area su cui permangono tracce visibili (possibili fonti di degrado, di pericolo e di non uso di un suolo già trasformato) – consegue, in assenza di diverse specifiche indicazioni del legislatore, dalla natura sostanziale del ripristino quale nuova costruzione.

Tornando alla sentenza del Consiglio di Stato n. 616/2023, non altrettanto condivisibile è il secondo principio affermato: ricordato che le previsioni dell'art. 30 del decreto del fare trovano applicazione, come stabilito al co. 6 della medesima disposizione, “dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”, il giudice interpreta

l'irretroattività non solo nel senso che l'intervento di ripristino è ristrutturazione a partire da tale data, ma riferendola anche al momento di integrazione dei fatti presupposti dell'intervento: la nuova fattispecie di ristrutturazione edilizia troverebbe allora applicazione "se ed in quanto i fatti presupposti si siano inverati, tutti, nel vigore delle nuove disposizioni", conducendo il giudicante alla conclusione che solo in relazione a edifici crollati o demoliti in epoca successiva all'entrata in vigore della l. n. 98/2013, di conversione del d.l. n. 69/2013, è possibile assentirne la ricostruzione (non contestuale) come ristrutturazione edilizia^[61].

Senonché, limitare l'applicazione della novella alle ipotesi in cui il crollo o la demolizione siano successivi al 21 agosto 2013 significa circoscriverne l'ambito oggettivo oltre che drasticamente anche irragionevolmente alla luce della *ratio* dell'integrazione operata nel 2013 "da individuare [...] nel recupero al territorio e alla vita sociale di edifici, oggi diroccati, che non svolgono alcuna funzione se non quella negativa di danno al paesaggio ed alla sicurezza pubblica in considerazione, tra l'altro, dello stato precario in cui insistono e dell'assenza di manutenzione; ciò determina il recupero del suolo ed il risparmio del medesimo ma anche una maggiore percezione sociale di zone, anche disabitate e periferiche, ove questi edifici insistono"^[62].

Il co. 6 dell'art. 30 del decreto del fare si limita, in realtà, a ribadire il principio generale per cui, a fronte dei plurimi interventi modificativi e integrativi delle disposizioni del t.u. edilizia, per verificare la rispondenza del concreto intervento edilizio al tipo normativo occorre di volta in volta individuare la norma vigente al momento del conseguimento del titolo edilizio^[63].

5. Considerazioni conclusive.

I ripetuti interventi del legislatore di revisione della disciplina edilizia sottendono un intento non solo semplificatorio, con auspicati effetti favorevoli sugli investimenti, ma anche di maggiore sostenibilità ambientale, in collegamento con gli obiettivi di riduzione del consumo di suolo e di efficientamento energetico^[64]. Sotto il primo profilo, è sufficiente ricordare che l'Agenda 2030 richiede un allineamento del consumo di suolo alla crescita demografica entro il 2030 (indicatore s.d.g. 11.3.1) e che l'Unione europea, a partire dalla comunicazione della Commissione del 2011 "Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse" ha posto agli Stati membri l'obiettivo di giungere nel 2050 a un saldo netto pari a zero del consumo di suolo (con applicazione del principio del "riciclo" anche al territorio e alla pianificazione territoriale ed urbanistica, poi tradottosi in una "gerarchia del consumo di suolo" da recepire nei piani comunali, indicata dalla Strategia europea del suolo per il 2030 approvata dalla Commissione europea il 17 novembre 2021). Sul piano della disciplina urbanistica, la rilevanza delle politiche del riuso e della rigenerazione urbana^[65] dovrebbe condurre a stabilire che gli strumenti comunali di governo del territorio possano prevedere consumo di suolo esclusivamente nei casi in cui sia dimostrata l'impossibilità di riqualificare e rigenerare aree già edificate, mediante il riuso o la sostituzione di edilizia esistente inutilizzata o il recupero di aree dismesse.

Sotto il secondo profilo, è sufficiente ricordare la strategia di ristrutturazione del parco nazionale di edifici residenziali e non residenziali, sia pubblici che privati, che l'art. 3-bis d.lgs. 192/2005 prevede – in recepimento di direttive europee – al fine di ottenere un patrimonio

immobiliare decarbonizzato e ad alta efficienza energetica entro il 2050, facilitando la trasformazione degli edifici esistenti in edifici a energia quasi zero.

Le novità recate al t.u. edilizia con una sequenza quasi alluvionale di novelle sono senz'altro apprezzabili quanto a obiettivi sottesi, ma risultano, come le sentenze commentate dimostrano, fonte di problemi interpretativi, teorici e applicativi, e di conseguente incertezza per gli operatori e gli amministratori e, quindi, contenzioso. Il che ridonda sul grado di effettività delle stesse.

Le fattispecie oggetto delle recenti sentenze della Cassazione e del Consiglio di Stato evidenziano la necessità di una rivisitazione normativa delle definizioni degli interventi edilizi che torni a categorie generali e alla *summa divisio* tra interventi conservativi, trasformativi e di nuova costruzione, rifuggendo da un'eccessiva analiticità e fornendo, piuttosto, chiarezza sulla *ratio* identificativa e distintiva delle diverse categorie, sì che possa tale *ratio* orientare secondo ragionevolezza l'interprete e i professionisti dinanzi agli innumerevoli casi pratici. Come condivisibilmente rilevato dalla dottrina, l'eccessiva minuziosità delle definizioni non elimina quell'incertezza applicativa, generata dalla casistica, che è la causa stessa delle ripetute modifiche legislative, non raramente avendo anzi contribuito ad accrescere la divergenza delle interpretazioni^[66].

L'incertezza delle definizioni si traduce in incertezza sui titoli abilitativi necessari e sul regime giuridico dell'intervento, esito aggravato dall'orientamento giurisprudenziale che qualifica come privo di titolo l'intervento realizzato o intrapreso sulla base di un titolo inidoneo (come una s.c.i.a. in luogo dell'istanza di permesso di costruire)^[67].

Le pronunce commentate appaiono allora utili, nei termini illustrati, a ribadire, bloccando eccessive fughe in avanti incoerenti con gli stessi obiettivi di sostenibilità ambientale citati, che la demo-ricostruzione – in qualunque modalità essa si estrinsechi – non è attività costruttiva del “nuovo”, ma è relativa al recupero estetico e funzionale dell’“esistente”, come tale non fonte di ulteriore compromissione del territorio e di incremento del carico antropico, e a chiarire che il ripristino di un volume non più esistente identifica, nella sostanza, una “nuova costruzione” inserita in via eccezionale nella categoria di intervento minore a meri fini di semplificazione procedimentale e di consentire l'accesso a incentivi.

^[1] Sulla ristrutturazione edilizia, tra i molti contributi, senza pretesa di esaustività: S. Antoniazzi, G. Leone, G. Maione, A. Parisi, *Art. 3*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 69 ss.; E. Mitzman, *Art. 3*, in S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale (a cura di), *Codice ipertestuale dell'edilizia e dell'urbanistica*, Torino, 2013, 1096 ss.; C.P. Santacroce, *Gli interventi di ristrutturazione edilizia (artt. 3 e 10 TUED)*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, 478; P. Tanda, *La nuova disciplina dei titoli abilitativi in materia urbanistica: in particolare, gli interventi di ristrutturazione edilizia anche alla luce della l. 21 giugno 2017 n. 96*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 335; A. Calegari, *L'evoluzione del concetto di ristrutturazione edilizia, tra esigenze di conservazione e volontà di promuovere la rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 221.

^[2] Sulla valenza trasversale rispetto all'intero impianto del *corpus* normativo rivestita dalla codificazione degli interventi edilizi, condizionando essa l'applicazione e l'interpretazione delle disposizioni in tema di titoli abilitativi, di contributo di costruzione e di regime sanzionatorio, tra i molti contributi: S. Antoniazzi, G. Leone, G. Maione, A. Parisi, *Art. 3*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 42; M.A. Sandulli, *Edilizia*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 171.

^[3] In argomento A. Calegari, *L'evoluzione del concetto di ristrutturazione edilizia*, cit., 222.

[4] Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2000, n. 1906; Id., Sez. IV, 9 luglio 2010, n. 4462; Id., 5 ottobre 2010 n. 7310; Id., Sez. II, 18 maggio 2020, n. 3153.

[5] In argomento D. Foderini, *La ristrutturazione edilizia mediante l'integrale demolizione e ricostruzione delle opere*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, 65.

[6] D. Foderini, *La ristrutturazione edilizia*, cit..

[7] Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2000, n. 1906, cit.; Id., Sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4011.

[8] Cons. Stato, Sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4011, cit..

[9] Circolare Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 7 agosto 2003 n. 4174, *Decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, come modificato e integrato dal decreto legislativo 27 dicembre 2002, n. 301. Chiarimenti interpretativi in ordine alla inclusione dell'intervento di demolizione e ricostruzione nella categoria della ristrutturazione edilizia*.

[10] *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 1847: la ristrutturazione edilizia “si distingue dalla nuova costruzione perché mentre quest'ultima presuppone una trasformazione del territorio, la ristrutturazione è invece caratterizzata dalla preesistenza di un manufatto, in quanto tale trasformazione vi è in precedenza già stata”.

[11] Cons. Stato, Sez. VI, 7 maggio 2015, n. 2294; Id., Sez. II, 18 maggio 2020, n. 3153.

[12] In argomento S. Antoniazzi, *Ristrutturazione edilizia ed interventi di demolizione e ricostruzione dell'edificio preesistente: alcuni spunti di riflessione sulle caratteristiche essenziali*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 127.

[13] In argomento P. Urbani, *La ristrutturazione edilizia leggera nel “decreto del fare”*, in *Urb. app.*, 2014, 631 ss.; A. Di Leo, *Questioni pratiche (edilizie ed urbanistiche) relative alla ricostruzione di edifici, in tutto o in parte, crollati*, in *L'Ufficio tecnico*, 2018, 3, 62 ss..

[14] Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2016, n. 5106.

[15] Cons. Stato, Sez. VI, 3 ottobre 2019, n. 6654.

[16] Cass. pen., Sez. III, 9 luglio 2018, n. 39340 e giurisprudenza ivi richiamata in senso adesivo; Id., 30 settembre 2014, n. 40342; Id., 23 gennaio 2007, n. 15054; Cons. Stato, Sez. V, 10 marzo 1997, n. 240; Id., Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 735.

[17] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2016, n. 5106, cit., e i precedenti citati.

[18] Cfr. la nota Regione Lazio, Direzione regionale territorio, urbanistica, mobilità e rifiuti del 21 maggio 2015 n. 278103 ad oggetto *Richiesta di parere in merito all'intervento di ripristino di un edificio alla luce delle modifiche apportate all'art. 3, comma 1, lett. d) del d.P.R. 380/2001 da parte del d.l. 69/2013, come convertito dalla legge 98/2013*, al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, cui ha fatto seguito la Nota del Ministero 24 dicembre 2015 n. 10911 e il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, adunanza del 18 febbraio 2016, n. 3/2016, reperibili nel sito della Regione Lazio: “sembra quindi sancito il passaggio dalla preesistenza e consistenza comprovabile esclusivamente dall'esistenza materiale a quella comprovata a mezzo di fonti documentali in cui sia dimostrata preesistenza e consistenza dell'organismo edilizio, benché non più fisicamente individuabile nella sua volumetria, in base a documentazione dalla quale possano essere accertati con certezza i parametri edilizi essenziali”.

[19] In argomento, in relazione a quanto trattato *infra* nel testo, la giurisprudenza ha inteso l'uso del termine “vincoli” come riferito anche all'ipotesi in cui “il vincolo paesaggistico riguarda una zona e non un singolo immobile”: Cass. pen., Sez. III, 8 marzo 2016, n. 33043; così anche T.A.R. Sardegna, Sez. II, 5 dicembre 2017, n. 772 dove si legge: “vista la genericità della previsione, non possono operarsi distinzioni a seconda della fonte della natura del vincolo; ne consegue che [la previsione] si applicherà anche nei casi di beni vincolati ai sensi della Parte terza del Codice dei beni culturali e del paesaggio, nonché nei casi in cui detti vincoli comportino un regime di inedificabilità non già assoluta ma solo relativa”.

[20] Il mancato riferimento all'identità di sagoma conduce a escludere anche l'esigenza che sia conservata un'identica area di sedime: T.A.R. Abruzzo, Pescara, 9 luglio 2015, n. 294 (n.a.); T.A.R. Piemonte, Sez. II, 15 novembre 2016, n. 1410 (in tale parte non riformata da Cons. Stato, Sez. IV, 12 ottobre 2017, n. 4728). Sulle modifiche recate dal decreto del fare, con particolare riferimento alla lettura combinata degli artt. 3 e 10 t.u. edilizia e alla conseguente individuazione del titolo edilizio necessario A. Calegari, *Il permesso di costruire ordinario e convenzionato*, cit., 500.

[21] TAR Lazio, Latina, Sez. I, 27 maggio 2022, n. 505.

[22] C.P. Santacroce, *Gli interventi di ristrutturazione edilizia (artt. 3 e 10 TUED)*, cit., 489; E. Boscolo, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 17 del decreto "Sblocca Italia"*, in *Urb. e app.*, 2015, 28.

[23] In argomento cfr. la Circolare congiunta del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministero della funzione pubblica 2 dicembre 2020, avente ad oggetto *Articolo 10 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. Chiarimenti interpretativi*.

[24] Circolare congiunta del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministero della funzione pubblica 2 dicembre 2020, cit..

[25] Cfr. A. Calegari, *L'evoluzione del concetto di ristrutturazione edilizia, tra esigenze di conservazione e volontà di promuovere la rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 239 rileva che ci potrebbero comunque essere ostacoli di natura amministrativa o civile alla ricostruzione "dove era" e "come era", come "ad esempio, il divieto di ricostruzione stabilito dagli artt. 16, 17 e 18 del Codice della strada (approvato con d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285), i quali operano in modo assoluto per qualunque forma di ricostruzione, indipendentemente dal fatto che la stessa possa essere qualificata come ristrutturazione edilizia o come nuova costruzione"; aggiunge che "la possibilità di qualificare qualunque forma di ricostruzione come ristrutturazione edilizia ha innanzi tutto una valenza classificatoria, che può avere importanti ripercussioni sul piano giuridico amministrativo, ma che non garantisce necessariamente l'ammissibilità dell'intervento sul piano urbanistico"; se è vero che le definizioni recate dall'art. 3 t.u. edilizia prevalgono su quelle regionali e locali, "sarà sempre possibile demolire e ricostruire tutte le volte in cui il piano ammetta la ristrutturazione. Ma il piano rimane comunque libero di stabilire che in certe zone o per certi edifici la demolizione e ricostruzione non sia possibile, allorché le caratteristiche degli stessi impongano di mantenerne gli elementi costruttivi originali. In altre parole, la valenza dell'art. 3 è solo edilizia, non anche urbanistica. E la prova più evidente di ciò è data proprio dal già ricordato art. 3-bis, nella misura in cui esso assicura sempre la ristrutturazione conservativa, ma non fa altrettanto per la ristrutturazione ricostruttiva".

[26] Così T.A.R. Campania, Sez. II, 10 gennaio 2022, n. 171.

[27] Si v., ad esempio, la nota Regione Liguria prot. 92712 del 13 marzo 2021, cui ha fatto seguito la richiesta da parte del Comune di Genova (nota 6 maggio 2021 prot. n. 164506) di parere al Ministero della cultura. L'ufficio legislativo del Ministero della cultura, con parere prot. 31477 del 21 settembre 2021, allegato alla circolare della Direzione generale archeologia, belle arti e paesaggio n. 38/2021, ha fornito della disposizione un'interpretazione rigorosa e conforme al tenore letterale. La diversa interpretazione era favorevole a circoscrivere il maggiore rigore agli interventi su immobili dotati di un intrinseco pregio, lasciando fuori quelli su immobili tutelati solo in quanto compresi in ambiti vincolati nel loro complesso.

[28] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 28 marzo 2022, n. 3486.

[29] La semplificazione non opera però sul piano procedurale, posto che l'art. 10 t.u. edilizia è stato contestualmente integrato nell'elenco delle fattispecie di ristrutturazione edilizia pesante con la previsione della necessità del permesso di costruire per gli interventi di ristrutturazione edilizia che comportino la demolizione e ricostruzione di edifici situati in aree tutelate ai sensi degli artt. 136, co. 1, lett. c) e d), e 142 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, o il ripristino di edifici, crollati o demoliti, situati nelle medesime aree, in entrambi i casi ove siano previste modifiche della sagoma o dei prospetti o del sedime o delle caratteristiche planivolumetriche e tipologiche dell'edificio preesistente oppure siano previsti incrementi di volumetria.

[30] In tale senso la giurisprudenza amministrativa evidenzia che "la ristrutturazione edilizia, quale intervento sul preesistente, non può fare a meno di una certa continuità con l'edificato pregresso": T.A.R. Veneto Sez. II, 2 maggio 2022, n. 660, relativa a una fattispecie in cui un complessivo intervento analogo a quello oggetto della decisione della Cassazione è stato qualificato come "ristrutturazione urbanistica"; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna Sez. II, 16 febbraio 2022, n. 183; Cons. Stato, Sez. II, 6 marzo 2020, n. 1641.

[31] In termini Cass. pen., Sez. III, 29 luglio 2020, n. 23010, ancorché rispetto a un quadro normativo non inclusivo ancora del citato d.l. n. 76/2020, ha ravvisato gli estremi della lottizzazione abusiva in una fattispecie analoga a quella decisa nella sentenza in commento, in cui l'intervento realizzato era consistito nella demolizione di diversi corpi di fabbrica (un fabbricato principale e tre ruderi annessi agricoli) e nella edificazione, al loro posto, di un unico immobile mediante accorpamento delle volumetrie espresse da quelli precedenti.

[32] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 6214: la trasformazione di due manufatti agricoli in villa a uso residenziale, con accorpamento di volumi e parziale spostamento dell'area di sedime, esula dalla nozione di ristrutturazione. Si tratta di decisione formulata in un quadro giuridico più restrittivo rispetto a quello vigente a seguito della novella del 2020, ma utile laddove ribadisce la *ratio* della disciplina della ristrutturazione e la necessaria correlazione tra edificio demolito e quello ricostruito: "ciò che distingue [...] gli interventi di tipo manutentivo e conservativo da quelli di ristrutturazione è,

indubbiamente, il carattere innovativo di quest'ultima in ordine all'edificio preesistente; ciò che contraddistingue, però, la ristrutturazione dalla nuova edificazione è la già avvenuta trasformazione del territorio, attraverso una edificazione di cui si conservi la struttura fisica (sia pure con la sovrapposizione di un "insieme sistematico di opere, che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente"), ovvero la cui stessa struttura fisica venga del tutto sostituita". Analogamente Cass. pen., Sez. III, 29 luglio 2020, n. 23010.

[33] Cons. Stato, Sez. II, 20 dicembre 2019, n. 8634.

[34] Alcune di queste questioni vennero sottoposte già all'indomani della novella introdotta dal decreto del fare dalla Regione Lazio nella richiesta di parere 21 maggio 2015 n. 278103 al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, già citata.

[35] Cons. Stato, Sez. IV, 27 settembre 2017, n. 4516.

[36] T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 18 dicembre 2020, n. 530; Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2018, n. 1725; Id., Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1025.

[37] In argomento C.P. Santacroce, *Gli interventi di ristrutturazione edilizia*, cit., 498.

[38] Cass. pen., Sez. III, 9 luglio 2018, n. 39340 e giurisprudenza ivi richiamata in senso adesivo.

[39] Cons. Stato, Sez. IV, 17 febbraio 2023, n. 1681.

[40] Cfr. T.A.R. Toscana, Sez. I, 16 maggio 2017, n. 692, che ha escluso la prova della consistenza della preesistenza in un caso in cui "l'unica possibile testimonianza della sua esistenza fisica" era "una ripresa fotografica aerea risalente al 1956 (di cui non si conosce la scala) dalla quale, però, non è dato evincere altro che la probabile pianta dell'edificio".

[41] Cass. pen., Sez. III, 9 luglio 2018, n. 39340, cit. ("l'accertamento della preesistente consistenza di un edificio crollato o demolito che si intende ricostruire mediante ristrutturazione edilizia ai sensi del d.P.R. n. 380 del 2001, art. 3, comma 1, lett. d) non può ritenersi validamente effettuata sulla base di studi storici o rilevazioni relativi ad edifici aventi analoga tipologia, restando una simile verifica confinata nell'ambito delle mere deduzioni soggettive e non offrendo alcuna oggettiva evidenza"); Id., 8 ottobre 2015, n. 45147.

[42] Cons. Stato, Sez. IV, 27 settembre 2017, n. 4516.

[43] Cons. Stato, Sez. IV, 27 settembre 2017, n. 4516: "Ciò non significa che incombe sulla pubblica amministrazione l'onere di comprovare detta consistenza (ponendosi tale onere, come è evidente, a carico dell'istante), ma, al tempo stesso, non risulta coerente con la tutela delle *facultates agendi* del proprietario e con le disposizioni in tema di ristrutturazione edilizia (art. 3, lett. d), DPR n. 380/2001), il diniego di una istanza volta ad ottenere il permesso di costruire per ristrutturazione edilizia attesa la "impossibilità" di definire la preesistente consistenza del manufatto. E ciò in presenza, come nel caso di specie, di riscontro dell'esistenza del fabbricato in catasto, di atti di compravendita del medesimo e di una pluralità di rilievi fotografici, che possono condurre, anche in via deduttiva, a stabilire la più volte citata consistenza (anche in misura inferiore, ma comprovabile, rispetto a quanto assunto dagli interessati, ovvero optando, in presenza di più risultati possibili, motivatamente per quello più restrittivo). Nel caso di specie, dunque, a fronte della documentazione prodotta dagli interessati [...], non può condividersi la sentenza impugnata, laddove essa assume un difetto di allegazione probatoria, anche in giudizio, da parte dei ricorrenti. Al contrario, deve concludersi per la sussistenza del vizio di difetto di istruttoria nel quale è incorsa l'amministrazione e che rende illegittimo il diniego del permesso di costruire".

[44] Su cui M. Sollini, *L'accertamento documentale dello stato legittimo dell'immobile, quale presupposto indefettibile di identificazione della sua destinazione d'uso giuridicamente rilevante*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 268 ss..

[45] Così T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, 26 maggio 2020, n. 631.

[46] T.A.R. Veneto, Sez. II, 28 febbraio 2023, n. 278, relativa a una fattispecie in cui, al momento della presentazione dell'istanza di permesso di costruire, il capannone – oggetto del progettato intervento di ripristino – era già stato interamente demolito (previa presentazione di una s.c.i.a. da parte del precedente proprietario); **T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, 6 settembre 2021, n. 1151**; Id., 28 dicembre 2020, n. 1737, relativa a una fattispecie in cui si chiedeva di ripristinare un immobile demolito a seguito di un evento franoso (immobile, tra l'altro, già ricostruito in assenza di titolo in altra sede con conseguente – eseguito – ordine di demolizione) e in cui il T.A.R. ha rilevato che per effetto della intervenuta demolizione "è certamente venuto meno l'impegno di suolo ascrivibile al bene e la connessa trasformazione del territorio"; Id., 26 maggio 2020, n. 631; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 7 novembre 2017, n. 5234.

[47] T.A.R. Veneto, Sez. II, 28 febbraio 2023, n. 278.

[48] T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 18 gennaio 2023, n. 79; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 2 agosto 2021, n. 1875.

[49] T.A.R. Campania, Sez. II, 10 gennaio 2022, n. 171.

[50] In termini non dissimili, seppure non altrettanto ampiamente argomentati, Cons. Stato, Sez. IV, 25 gennaio 2023, n. 847: “l’attuale concetto normativo di ristrutturazione edilizia contenuto nel testo unico dell’edilizia, che in precedenza postulava la preesistenza di un organismo dotato di mura perimetrali, strutture orizzontali e copertura, consente oggi di porre in essere interventi di ristrutturazione edilizia anche sui ruderi, a condizione che il proprietario sia in grado di dimostrarne la consistenza originaria. Ciò tuttavia non implica che gli stessi ruderi siano suscettibili di ricostruzione a prescindere dalle previsioni della disciplina urbanistica di zona, né può ritenersi venuta meno la potestà del pianificatore comunale di operare scelte che, alla luce del peculiare contesto territoriale dell’area di protezione, escludono interventi volti al ricupero di strutture edilizie ormai non più riconoscibili”.

[51] La pianificazione urbanistica dovrebbe quindi tenere in adeguata considerazione le cubature virtuali in sede di ricognizione dell’esistente e in sede di disciplina integrativa degli interventi di ricostruzione. In argomento, però, cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 21 marzo 2022, n. 278 che giudica illegittima la prescrizione contenuta nel regolamento urbanistico edilizio comunale della prova della insistenza dell’edificio nella Carta tecnica comunale usata come base di riferimento del piano strutturale comunale, sul rilievo che l’art. 3 del t.u. edilizia si limita a richiedere la dimostrazione della preesistente consistenza “che può essere fornita con qualunque mezzo idoneo e utile”.

[52] T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 2 agosto 2021, n. 1875, cit. In argomento B. Graziosi, *Appunti sulla demolizione edilizia “abdicativa”*, in *Urb. e app.*, 2015, 1122, che nel trattare il tema del patrimonio edilizio marginale, insuscettibile di qualsiasi utilizzazione, e per il quale il proprietario può optare per la demolizione, rileva (nota 3) che “La demolizione “mera” che conserva la proprietà dell’area scoperta non comporta, evidentemente, perdita dello *ius aedificandi* laddove questo sia riconosciuto dalle norme urbanistiche vigenti [...]. Ne deriva che se - e quando - lo strumento vigente consentisse, nell’ambito urbanistico relativo, la ristrutturazione, l’edificio legittimamente demolito potrebbe “ricomparire” [...]. Demolizione cui consegue volumetria “a credito”.

[53] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 7 novembre 2017, n. 5234 (che risulta appellata) sulla possibilità di qualificare come ristrutturazione edilizia un intervento caratterizzato dall’assenza fisica e materiale di ogni traccia del fabbricato preesistente, demolito per l’instabilità statica conseguente al sisma degli anni ’80, e la cui area di insistenza è stata sottoposta a trasformazione edilizia e urbanistica in quanto destinata a parcheggio all’aperto con pavimentazione regolarmente assentita: “L’area [...] un tempo (quasi quarant’anni or sono) occupata dal fabbricato, è stata sottoposta ad una trasformazione rilevante sul piano urbanistico ed edilizio che ha reciso ogni rapporto di continuità con la preesistenza e ciò preclude la stessa configurabilità di un intervento di “ristrutturazione” in quanto, sia la presenza di una qualche traccia materiale della preesistenza sia la continuità (valutati congiuntamente o anche solo disgiuntamente) costituiscono il nucleo imprescindibile degli interventi di ricostruzione”; “Ogni opzione interpretativa di segno diverso determinerebbe un pregiudizio grave all’ordinato sviluppo del territorio ed alla tutela del relativo assetto, travalicando ogni limite di ragionevolezza ed esigibilità la pretesa di una considerazione di simili fattispecie (consistenze e cubature – che hanno perduto i caratteri dell’entità urbanistica ed edilizia – non solo radicalmente inesistenti ma “abbandonate” dagli interessati che hanno impresso una diversa destinazione al terreno) nell’attività di pianificazione, con evidenti implicazioni anche sul piano della legittimità costituzionale”.

[54] In senso analogo, il Consiglio superiore dei lavori pubblici, in un parere del 2016 (citato nella nota 18), ha precisato che la ricostruzione non può che avvenire nel rispetto dei vincoli normativi o pianificatori vigenti: quindi, dei vincoli apposti sull’area interessata dalle normative urbanistiche ed edilizie locali (n.t.a. di strumenti urbanistici comunali e sovracomunali, regolamenti edilizi) e dei vincoli introdotti da strumenti pianificatori di settore (ambientali, idraulici, idrogeologici, paesaggistici ecc.), delle fasce di rispetto, ecc..

[55] Su cui si v. Cons. Stato, Sez. IV, 16 ottobre 2020, n. 6282.

[56] Cons. Stato, Sez. IV, 12 ottobre 2017, n. 4728; Id., 14 settembre 2017, n. 4337; Cass. pen., Sez. III, 6 dicembre 2018, n. 11505.

[57] N. Millefiori, *Il dibattito sulla sentenza 70/2020 della Corte Costituzionale*, in *Pausania.it*, 9 giugno 2020.

[58] Cons. Stato, Sez. IV, 14 settembre 2017, n. 4337; Id., 9 luglio 2010, n. 4462.

^[59] Sul co. 1-*ter* dell'art. 2-*bis* t.u. edilizia e, in particolare, sulle ragioni sottese alla introduzione e successiva modificazione, si v. A. Giusti, *Deroghe agli standard e volumetrie premiali nella disciplina dell'art. 2-bis del Testo unico dell'edilizia*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 263 ss.; A. Calegari, *L'evoluzione del concetto di ristrutturazione edilizia*, cit., 242.

^[60] La distinzione tra demo-ricostruzione e ripristino non è quindi destinata a essere superata in quanto, tra gli altri profili rilevanti, l'art. 2-*bis*, co. 1-*ter*, t.u. edilizia si riferisce solo alla prima. Per T.A.R. Campania, Sez. II, 10 gennaio 2022, n. 171, "l'indirizzo tradizionale, secondo cui per aversi ristrutturazione edilizia sarebbe comunque necessaria la preesistenza di un fabbricato da ristrutturare, cioè di un fabbricato dotato di quelle componenti essenziali - murature perimetrali, strutture orizzontali e copertura - idonee come tali ad assicurargli un minimo di consistenza (così da determinare lo scorrimento nella diversa categoria delle "nuove costruzioni" degli interventi di ricostruzione di "ruderi", vale a dire residui edilizi idonei a identificare i connotati essenziali dell'edificio), sembra destinato al superamento, alla luce della inequivocabile equiparazione normativa tra "demolizione e ricostruzione" e "ripristino di edifici crollati e demoliti", ovviamente purché anche di questi sia rinvenibile traccia ed accertabile l'originaria consistenza con un'indagine tecnica".

^[61] In senso contrario, non attribuisce rilievo all'epoca a cui risalga il crollo o la demolizione della preesistenza, *ex multis*: T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 6 luglio 2020, n. 517 (non appellata): "Il vincolo della intellegibilità delle caratteristiche del fabbricato demolito non include [...] alcun limite in relazione alla maggiore o minore risalezza nel tempo dell'intervento di demolizione"; il caso deciso riguarda un intervento di ricostruzione di un edificio demolito negli anni '50 "la cui consistenza è evincibile sia dallo stato dei luoghi (conformazione della corte e segni presenti sulla muratura del fabbricato adiacente) sia dalle mappe del cessato catasto fabbricati, dal N.C.U.E. vigente e dalle schede catastali risalenti all'anno 1994. Da tali elementi è possibile rilevare la consistenza planimetrica del fabbricato originario"; "La documentazione fotografica storica [...] è invece idonea ad attestarne la consistenza volumetrica e le caratteristiche costruttive". Risulta quindi accertata la consistenza della preesistenza e il T.A.R. rileva che: "La qualificazione dell'intervento di ricostruzione come nuova edificazione scatta [...] ove sia impossibile l'individuazione certa dei connotati essenziali del manufatto originario (mura perimetrali, strutture orizzontali e copertura), attesa la mancanza di elementi sufficienti a testimoniare le dimensioni e le caratteristiche dell'edificio da recuperare, circostanza che qui non si verifica. Il fabbricato previsto ha infatti una sagoma, un ingombro ed un impatto che risultano nella sostanza del tutto coincidenti con la situazione pregressa". Nel medesimo senso T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 2 agosto 2021, n. 1875, che, con riferimento a un edificio demolito nel 2007 e quindi prima dell'entrata in vigore della norma, afferma: "Ciò che rileva ai fini dell'applicabilità della normativa di cui al d.l. n. 69/2013 è l'epoca di svolgimento del procedimento amministrativo di formazione del titolo abilitativo e non il momento in cui è avvenuto il crollo o la demolizione dell'edificio oggetto di ricostruzione"

^[62] Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 2023, n. 541.

^[63] Il principio è affermato, ad esempio, in Cons. Stato, Sez. IV, 12 ottobre 2017, n. 4728.

^[64] In argomento E. Boscolo, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 17 del decreto "Sblocca Italia"*, cit., 26 ss..

^[65] Sulla rigenerazione urbana cfr., in particolare, A. Giusti, *La rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, in *Dir. amm.*, 2021, 439; Id., *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018; G. Guzzardo, *La rigenerazione urbana*, in P. Stella Richter (a cura di), *Verso leggi regionali di quarta generazione*, Milano, 2019, 179.

^[66] G. Pagliari, *Le recenti novelle relative alla definizione degli interventi sul patrimonio edilizio esistente*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 203: "sembra auspicabile che ci si fermi al "genus" e non si introducano le "species": prospettiva non certo immediata, perché inscindibilmente connessa ad una revisione della impostazione della legislazione in materia urbanistico-edilizia, che soffre in maniera evidentissima di un'esasperata ed esasperante analiticità, sempre più inattuale e causa di ineffettività delle normative stesse".

^[67] Tra le più recenti T.A.R. Lombardia, Sez. II, 9 gennaio 2023, n. 120. In dottrina M.A. Sandulli, *Edilizia*, cit.; Id., *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, 301.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, maggio – giugno 2023

Brevi divagazioni sul soggetto moderno fra diritto e letteratura

di Giancarlo Montedoro

Cosa si intende quando si parla di soggetto moderno?

Il soggetto moderno è – essenzialmente – un Io desiderante, autocosciente, capace di autodeterminarsi, dotato di autonomia morale, della capacità di scegliere, di fabbricarsi un destino da sé.

Questo Io non si forma subito nella storia.

La stessa parola soggetto rivela qualcosa della sua faticosa emersione nella vita dello spirito, il soggetto è colui che sta sotto, la radice è latina, è il sub-iacere che lo connota alle origini, la storia del soggetto è la storia della sua lenta e poi prorompente emersione.

La storia del diritto moderno è essenzialmente storia di questa emersione.

L'intreccio fra queste dimensioni è illustrato in modo affascinante nel recente e ricchissimo libro di Donato Carusi “Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura”, un docente di diritto civile presso l’Università di Genova convinto che la letteratura sia un “insostituibile fattore di promozione del diritto” come anche è vero – all’inverso - che la vita giuridica è costantemente oggetto di attenzione da parte di poeti e romanzieri (magari per mostrane il lato oscuro) del che il libro dà ampiamente prova.

Gli studi di diritto e letteratura sono parte dei c.d. Critical Studies sorti nell’ambito delle facoltà statunitensi.

Ovviamente la common law – con la sua natura casistico problematica – è terreno d'elezione per l'innesto di cases tratti dalla vita letteraria.

Non solo un movimento di amanti del giallo e di poeti mancati (come argutamente dice Donati) ma un “sano anche se vago impulso all'interdisciplinarietà”. Si può aggiungere una metodologia di approccio agli studi giuridici tesa a valorizzarne il retroterra basato sugli studi umanistici spesso unica chiave per fare emergere la densità semantica delle parole della legge (parole che hanno sempre dietro una storia e delle speranze come delle concrete sofferenze).

In Gargantua e Pantagruale il giudice Briogliadoca decide le cause gettando i dadi.

Rabelais voleva senz'altro mostrarci la sua sfiducia nella giustizia umana più che nei giudici.

Borges ripeterà la fantasia nella Lotteria di Babele che organizza un principio di giustizia sociale sul gioco della lotteria e sul caso che rovescia le fortune; evidentemente sul presupposto della fallacia di ogni tentativo arrogante di giustizia umana.

L'impossibilità di un giudizio senza misericordia è testimoniata dal passo del Don Chisciotte sul responso di Sancio Pancia giudice in un remoto lembo di mondo, compulsato da un messaggero:

Signore, un largo fiume divideva due province d'un medesimo stato.

Stia bene attenta la Signoria Vostra, perché il caso è di grande importanza e un po' difficile.

Dico dunque che sopra questo fiume c'era un ponte, e in cima a questo ponte una forca e un tribunale, dove di solito stavano quattro giudici, che giudicavano secondo la legge fatta dal padrone del fiume, del ponte e dello stato; la qual legge era così formulata:

"Se uno passa su questo ponte da una riva all'altra, deve prima dichiarare con giuramento dove va e quel che va a fare. Se giura il vero, sia lasciato passare, ma se mente, sia impiccato sulla forca qui inalzata senza alcuna remissione".

Conosciuta questa legge e la rigorosa condizione, molti passavano lo stesso, perché dopo che s'era riscontrato che quanto dichiaravano sotto giuramento era perfettamente vero, i giudici li lasciavano passare liberamente.

Ora accadde una volta che un tale, invitato a giurare, giurò e disse:

"Giuro che passo di qui per andare a morire su quella forca laggiù, e non per altra ragione".

I giudici rifletterono a questo giuramento e dissero:

"Se quest'uomo lo lasciamo passare liberamente, ha giurato il falso e secondo la legge deve morire; ma se noi l'appicchiamo, siccome egli ha giurato che passava per andare a morire su quella forca, allora ha detto verità, e secondo la stessa legge, avendo giurato la verità, deve esser lasciato il libero".

Ora, si domanda alla Signoria Vostra, signor governatore, che cosa faranno i giudici di quest'uomo? Poiché essi sono ancora lì, incerti e dubitosi. Siccome son venuti a conoscere l'acuta ed elevata intelligenza della Signoria Vostra, mi hanno inviato a supplicarla da parte loro a voler dare il suo parere in un caso così intricato e dubbio.

-Quei signori giudici avrebbero potuto risparmiarsi l'incomodo -rispose Sancio- perché io son uomo più rozzo che fino. Tuttavia, ripetetemi il caso in maniera che lo intenda bene, e chissà che non possa dar nel segno.

L'inviato ripeté un'altra volta e poi un'altra ancora il racconto, e Sancio finalmente disse:

-A parer mio, questo caso si risolve in due battute, e precisamente così. Quell'uomo giura che passa per andare a morire sulla forca, non è vero? E se egli ci muore veramente, avrà detta la verità, e in virtù della legge merita d'esser lasciato libero e di passare il ponte. Ma se non l'appiccano, egli avrà spergiurato e, sempre in virtù della medesima legge, meriterà d'essere appeso alla forca: non è così?

-Benissimo- riprese il messaggero. -Ella, signor governatore, ha interamente capito come stanno le cose, e non c'è più alcun dubbio, né più nulla da domandare.

-Ebbene- replicò Sancio -la mia opinione è che, di quell'uomo, la parte che ha detto la verità si debba lasciar passare, e quella che ha mentito sia impiccata. Così saranno letteralmente rispettate le condizioni del passaggio.

-Ma, signor governatore- replicò l'altro, allora bisognerebbe dividere quell'uomo in due parti, la sincera e la bugiarda; e se si dividesse davvero, bisognerebbe che morisse per forza; e quindi non si otterrebbe nulla di quello che esige la legge e che deve essere inesorabilmente eseguito.

*-O sentite un po', brav'uomo- riprese Sancio -questo passeggero di cui mi parlate, o io sono una bestia, o tanto è giusto che muoia come che viva e passi il ponte. Perché se la verità lo salva, la menzogna lo condanna, e quindi il mio parere è che rispondiate a quei signori che vi hanno mandato, che siccome le ragioni di condanna e di assoluzione qui si bilanciano, lo lascino passare liberamente, perché è sempre meglio far del bene che del male; e questo lo sottoscriverei di mio pugno, se sapessi firmare. Ma, per dire il vero, in questo caso non ho parlato di mia testa; ma m'è tornato in mente un avvertimento che insieme con molti altri mi dette il signor Don Chisciotte la sera avanti che partissi per venire a prendere il governo di quest'isola. E l'avvertimento fu: **che quando la giustizia non fosse chiara, mi piegassi e mi appigliassi alla misericordia.** Dio ha voluto che in questo momento me ne ricordassi, perché qui l'avvertimento calza come un guanto.*

-Oh, sì!- disse il maggiordomo -e per conto mio credo che lo stesso Licurgo, che dette le leggi agli Spartani, non avrebbe potuto dare miglior sentenza di quella che ha data il gran Sancio. E qui per stamani mettiamo fine all'udienza.

Rabelais e Cervantes esprimono bene la diffidenza e l'insofferenza della società medievale al tramonto verso il diritto comune europeo.

Anche Swift usa la sferza :

Dissi che c'era tra noi una categoria di persone educate sin dalla giovinezza nell'arte di dimostrare con parole moltiplicate per lo scopo che il bianco è nero, e il nero è bianco, secondo come erano pagate. Tutto il resto della popolazione è schiavo di questo gruppo.

« Per esempio: se al mio vicino salta in mente di prendersi la mia vacca, assolda un legale per dimostrare la fondatezza delle sue pretese. Io devo allora assoldarne un altro per difendere il mio diritto, perché sarebbe contro ogni norma di legge che a un uomo sia concesso di parlare a propria difesa. Ora, in questo caso, io che sono il giusto proprietario mi trovo di fronte a due grandi svantaggi. Innanzi tutto, essendo il mio avvocato abituato quasi fin dalla culla a difendere la menzogna, egli si trova del tutto fuori del proprio elemento ove voglia essere il difensore della giustizia, che come compito innaturale egli affronta sempre con grande disagio, se non con riluttanza. Il secondo svantaggio consiste nel fatto che il mio legale deve procedere con grande cautela, altrimenti sarà ripreso dai giudici e aborrito dai confratelli come uno che voglia sminuire l'esercizio della legge. E perciò mi restano soltanto due metodi per conservare la mia vacca. Il primo consiste nel comperare l'avvocato del mio avversario con un doppio onorario, e allora egli tradirà il suo cliente insinuando che la giustizia è dalla sua parte. La seconda via consiste, per il mio legale, nel far sì che la mia causa appaia quanto più ingiusta possibile, ammettendo che la vacca appartiene al mio avversario; e questo, se abilmente fatto, assicurerà certamente il favore della corte.

» Ora, Vostro Onore deve sapere che questi giudici sono persone incaricate di decidere tutte le controversie della proprietà così come i processi dei criminali, e sono scelti tra gli avvocati più abili divenuti vecchi o pigri; ed essendo questi stati inclini per tutta la vita ad agire contro la verità e l'equità, si trovano a tal punto nella fatale necessità di favorire la frode, lo spergiuro e l'oppressione, che alcuni di loro da me conosciuti hanno rifiutato una grossa somma dalla parte che era nel giusto pur di non recare ingiuria alla Facoltà facendo una cosa disdicevole alla loro natura e al loro ufficio.

I giuristi non godono di buona letteratura e gli avvocati ed i giudici di Swift sono i predecessori dell'Azzeccagarbugli dei Promessi Sposi.

Donato Carusi si chiede le ragioni di tanto astio e conclude argutamente che la “storia della letteratura pullula di grandi autori che prima di essere tali furono avviati a studi giuridici” senza entusiasmo, studi abbandonati con un senso di liberazione (fra questi Balzac, Proust, Kafka e Marquez).

Può essere che vi siano ragioni biografiche dell'astio, anche ricorrenti.

Ma il punto è – lo ammette anche Donati - che il diritto nasce per limitare il potere ma spesso si trasforma nel suo strumento.

Questa ambiguità costitutiva del diritto deve essere presente alla coscienza dei giuristi perché essi possano svolgere il loro lavoro con qualche antidoto, a garanzia dell'autodeterminazione del soggetto moderno e non della sua oppressione.

Un errore da non compiere assolutamente è poi pensare che il diritto sia il centro del mondo.

Mentre il diritto si comprende bene quando non si è solo giuristi ma anche un po' filosofi, letterati, sociologi, economisti e perfino un po' medici o epistemologi.

L'ecllettismo fa bene al giurista purché non sia all'insegna del fai da te ma del confronto con le scienze ed i saperi di ogni epoca.

Il processo amministrativo aperto allo scrutinio della discrezionalità tecnica è una scommessa aperta in questo senso.

Né può dirsi che il diritto con il suo formalismo sia nemico della cultura.

Ne è anzi uno strumento di essenziale promozione e protezione.

Piuttosto è vero il contrario i giuristi (spesso temperamenti pedanti) sono sensibili alla cultura, alla letteratura ed all'arte mentre gli spiriti artistici disdegnano il diritto a sensazione, senza forse nemmeno del tutto conoscerlo (nota Donati e si deve ammettere che ci sia della ragione in questa notazione).

Il diritto ha anche spesso la tentazione di chiudersi nella sua autosufficienza (la dottrina pure del diritto come reazione difensiva in tempi difficili di avvento dei totalitarismi) ma sempre profondo ed ineliminabile è il rapporto fra il diritto e la storia (come crocianamente fra la storia e l'arte e quindi alla fine fra diritto ed arte). Tutto ciò Kelsen lo sapeva assai meglio di certi kelseniani di vedute ristrette.

Kelsen infatti scrive su Dante Alighieri per andare a fondo nello studio delle origini dello Stato.

E tanto questo è vero che sino ad oggi questo rapporto non si è perso : Calamandrei, Betti, Pugliatti, Cordero, Rescigno e Zagrebelsky sono maestri radicati nell'umanesimo che costituisce la prima radice degli studi giuridici.

A parte sta Salvatore Satta che ha tenuto insieme il diritto e l'arte del romanziere, non senza che la seconda forse ne soffrisse per emergere ed essere riconosciuta quasi che al giurista a tutto tondo non convenga essere anche un artista.

Ma certamente questo nesso fra il diritto e la letteratura serve a promuovere la coscienza della centralità del Soggetto moderno come uomo che anela alla bellezza ed alla felicità attraverso istituzioni decenti.

Inoltre il mantenimento di tale nesso può far conoscere il diritto praticato in altri tempi o in altre società e contesti culturali e geografici, può far sviluppare la fantasia facoltà utile per comprendere cosa sta dietro le "fredde carte" di un processo, ricorda perennemente cosa sia un principio universale di giustizia, come anelito ed attività adeguata all'uomo (il sabato è per l'uomo non l'uomo per il sabato); ricorda che non esiste una sola idea di giustizia ma tante idee quante società che la coltivano, abituando al pluralismo dei valori ed ad un relativismo non nichilistico.

Ricorda Donati che ciascuna di queste ragioni per studiare le relazioni fra diritto e letteratura è valida ma a ciascuna possono muoversi obiezioni.

La letteratura nell'occuparsi del diritto non mira a descriverlo fedelmente sicché per questo occorrono storici del diritto o antropologi o sociologi del diritto.

Resta vero che la letteratura stimola la fantasia e che il diritto in ogni branca si giova più o meno intensamente della fantasia (nel diritto criminale si tratterà di ricostruire la scena di un crimine ed all'inquirente giova nel sopralluogo avere fantasia immaginare cosa possa essere accaduto dalle tracce rimaste visibili, perché questo aiuta a individuare anche le tracce più nascoste ; al civilista giova fare ipotesi e domande che vadano oltre la narrazione del cliente; all'amministrativista giova ad es. ricostruire gli scenari del potere anche politico che possono ispirare a volte legittimamente a volte no le decisioni amministrative).

Certo anche nel contesto di civil law giova la fantasia che non deve essere mai usata per decampare dal dettato della legge ma piuttosto per ricostruirne i presupposti applicativi con la necessaria finezza.

Si tratta della lecita creatività della giurisprudenza messa spesso sotto accusa dall'illusione metodologica che il diritto possa risolversi nello studio pacificante degli universali.

Un ultimo punto : la letteratura, coltivata nella lettura, porta al buon uso del linguaggio, ci rende confidenti del suo uso onesto ma anche – siamo uomini – del suo uso disonesto.

Anche di questo essere immerso nei giochi linguistici è fatto il Soggetto moderno (Wittgenstein docet con il suo scrivere aforistico letterario tanto apprezzato da George Steiner).

Non si tratta solo di un coltivare un gesto, una esperienza, un fatto estetico, ma , attraverso l'estetica, di compiere un tirocinio morale consistente nella ricerca perenne della abissalità dei significati, dell'insufficienza del linguaggio a cogliere la cosa, in definitiva, del limite del nostro operare nella giustizia umana.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2763 – 4 maggio 2023

Intervento dello Stato e trasformazioni dell'amministrazione*

di Giancarlo Montedoro

Negli ultimi anni di vita e sviluppo delle economie capitalistiche nel mondo occidentale abbiamo affrontato numerose crisi sistemiche: la crisi finanziaria del 2007 2008, la pandemia, ora la guerra.

Questo incedere di crisi che si iscrive nella tradizionale instabilità delle economie di mercato studiata da Max Weber e da Keynes ha portato ad un ritorno dello Stato, sottolineato anche in una sintetica analisi di questa fase storica da Giuliano Amato.

Nel farsi ancora incompiuto di un'architettura istituzionale internazionale o sovranazionale è allo Stato che continua a guardarsi per predisporre rimedi alla crisi, per contrastare il declino, per approntare rimedi che costruiscano il futuro.

Lo Stato – sin dai tempi del contratto hobbesiano – è essenzialmente un meccanismo securitario.

Il giudice amministrativo – a seguito dell'avvento dello Stato di diritto amministrativo - garantisce il rispetto della Rule of Law a fronte del Leviatano, lo ingentilisce.

Tempo è passato dal momento in cui lo Stato come forma politica si è affacciato nella storia umana.

E di recente – fino all'11 settembre del 2001 - lo Stato ha lasciato il campo al mercato come avviene in tempi di pace e prosperità.

Il **ritorno dello Stato** – a fronte delle multiformi crisi del mercato - potrebbe leggersi come un aspetto dei vichiani corsi e ricorsi della storia, come un movimento pendolare ricorrente.

Ma la storia umana è un libro aperto ; è storia della libertà umana; essa è stata letta secondo obiettivi destinali o eterne circolarità; nodi teologici e filosofici che pur legati alla dottrina dello Stato possono qui essere solo accennati per dire con semplicità che lo Stato è una produzione immaginaria storico- sociale che si connota per i tratti caratteristici di ogni epoca che attraversa (e che potrà cogliersi nel suo senso solo a lunga distanza dai fatti che vengono vissuti).

Il ritorno allo Stato, il ritorno dello Stato **non è mai un mero ritorno al passato.**

Il nuovo intervento pubblico – spesso di stampo emergenziale (non eccezionale perché una cosa è l'emergenza altra cosa è lo stato di eccezione) – si dispiega in un contesto molto differente da quello del passato e che condiziona l'*agere* pubblico.

È ormai una realtà l'esistenza di poteri pubblici sovranazionali (l'UE e le altre organizzazioni sovranazionali di dimensione continentale).

È quindi al diritto sovranazionale che occorre guardare per cogliere esattamente le dimensioni del ritorno dello Stato.

Il **Next Generation UE** è – in proposito – secondo la lettura di molti un vero e proprio cambio di paradigma nel senso della solidarietà fra Stati europei.

Nello stesso tempo emerge – e non va ignorata – una pericolosa tendenza al risorgere dei confini e degli egoismi nazionali come risposta alle multiformi ed aggressive dimensioni della crisi.

L'incertezza sulle **regole dell'austerità finanziaria europea** – per ora sospese come sappiamo - una volta finita la fase emergenziale andrà superata definendo un nuovo quadro di compatibilità; grande compito per una politica europea all'altezza dei tempi, politica concorde che auspichiamo e che dovrà garantire l'unità nella diversità, vero e proprio punto di forza e peculiarità della costruzione europea e del suo equilibrio.

La **crisi energetica in atto** complica il quadro ma non preclude il futuro: piuttosto ci conferma nella scelta necessaria di riconversione verso l'ecologia e le risorse rinnovabili delle politiche energetiche con l'obiettivo al medesimo tempo di assicurare la nostra autosufficienza come sistema paese ed il rispetto del principio di precauzione nel contrasto al cambiamento climatico.

Si può guardare con fiducia alla strategia europea **Repower UE** come risposta alla crisi energetica in atto al fine di diversificare le fonti di approvvigionamento e di vedere pienamente attuato a livello europeo il principio di solidarietà energetica di cui vi sono ampie tracce nella giurisprudenza comunitaria.

La **de-carbonizzazione è una nuova politica industriale** oltre che una sfida essenziale per il nostro futuro : ad essa si lega il ritorno di uno strumentario giuridico del passato la pianificazione.

Il diritto pubblico dell'economia in passato era fatto di pianificazioni, direttive, concessioni, aiuti, discrezionalità amministrativa; poi è venuta l'epoca dello Stato regolatore, legata alle tante privatizzazioni, all'incedere dell'economia di mercato, al crescere degli indicatori della calcolabilità economica dei comportamenti umani nei più diversi settori e lo strumentario è stato incentrato su definizione di regole di mercato nella attività delle amministrazioni indipendenti e su meccanismi autorizzatori e di controllo connotate da una forte riduzione della **discrezionalità amministrativa**.

Nel contempo –a quell'altezza di tempo - si registrava il mutamento di ruolo del giudice amministrativo da giudice del potere pubblico a giudice della legittimità delle attività di regolazione, giudice dell'economia si è detto con formula sintetica e sicuramente di indubbia efficacia descrittiva ma spesso travisata (nel senso che mai l'economia va intesa come tiranna sulla regola giuridica) e oggi forse non adeguata (nel senso che il ritorno dello Stato comporta il ritorno di pianificazione e discrezionalità amministrativa e con ciò restaura alcune caratteristiche del controllo giudiziario del passato).

Gli assi della nuova politica industriale europea investono le funzioni del giudice amministrativo: in maniera totale (e anche in parte contraddittoria lo si vedrà si pensi alla questione dell'impatto degli impianti di energia rinnovabile sul paesaggio o al costo ecologico della digitalizzazione niente affatto trascurabile) comportando **una centralità delle questioni della conversione ecologica dell'economia** (verso l'economia circolare che per mitigare l'economia degli scarti in favore del riciclo comporta una generalizzazione dei modelli consortili o "per filiera" di organizzazione delle imprese) e **della digitalizzazione delle attività produttive di beni e servizi** (verso un capitalismo digitale che insieme a tanti indubbi vantaggi sul piano dell'intensità comunicativa comporta non pochi rischi di omologazione e perdita di autonomia delle soggettività individuali e collettive).

Ci attendono delicati bilanciamenti di valori e di interessi, sempre orientati alla logica del concreto e della risposta di giustizia, nella consapevolezza che la democrazia costituzionale è un sistema poliarchico che funziona in modo armonico quando ogni sfera pubblica funziona nella distinzione - leale collaborazione fra poteri e la sfera privata fa la sua parte.

Nei procedimenti amministrativi si dovranno individuare sempre gli interessi pubblici primari prevalenti e l'esistenza di queste direttive giuridico pianificatorie di fondo – delineate da una vera e propria politica industriale europea – finirà per avere un influsso profondo sulle attività dello Stato e dell'amministrazione.

Centrale in questo ridisegno dell'amministrazione è la ri-definizione delle regole dei meccanismi finanziari : come sappiamo essendo ora sospese le regole di austerità ed anche i controlli proconcorrenziali per consentire aiuti di Stato in un quadro temporaneo di risposta alla crisi, lo sguardo deve essere rivolto alla sede europea ove si rinegoziano le regole di bilancio, da concepirsi in modo più flessibile tale da consentire cammini di rientro dagli alti deficit e debiti che sono stati e sono necessari per fronteggiare le crisi sistemiche che stiamo attraversando.

Va sottolineato che il Green Deal ed il digitale si appalesano come politiche strutturali, come obiettivi che nemmeno la situazione bellica rimette in discussione, solo imponendo di

aggiornare il quadro regolatorio comunitario per affrontare e contenere le spinte inflattive e per salvaguardare il nucleo duro del nostro sistema produttivo.

Naturalmente i processi descritti non saranno senza effetti sul sistema delle imprese pubbliche (sempre risorgente nel clima storico in cui si ripresentano le guerre).

Il federalismo del Titolo V – al di là delle sue necessità di revisione o di accentuazione oggetto della domanda di federalismo differenziato – non esclude un forte ruolo di intervento dello Stato nell'economia, nel senso di conservazione di un nucleo duro di Stato interventore e si pensi al ruolo di CDP (Cassa depositi e prestiti) finanziatore dei comuni, finanziatore del sistema delle imprese nei settori previsti, azionista di grandi imprese pubbliche, investitore strategico.

Si pensi al **ruolo delle società partecipate pubbliche** alle quali sono affidati servizi pubblici essenziali che devono vivere un rapporto più proporzionato con la fiscalità generale per garantire la sostenibilità complessiva degli oneri del sistema economico: spesso il giudice amministrativo è giudice della legittimità dei sistemi tariffari legittimità che va letta anche nel prisma del concetto di sostenibilità come metodo di ogni decisione pubblica (la pressione dei sistemi tariffari sui bilanci delle famiglie e delle imprese è sempre più evidente e va considerata come un problema prioritario da affrontare con equilibrio anche al fine di segnalare ai decisori politici gli assetti regolatori raggiunti per effetto spesso di stratificazioni normative risalenti a diverse fasi storico economiche).

Si presenta interessante anche **il rafforzamento del c.d. golden power** inteso come sistema di poteri discrezionali a protezione degli interessi pubblici cruciali della collettività nazionale.

L'esercizio di tali poteri – per essere compatibile con l'UE - deve comunque essere attuato senza discriminazioni ed è ammesso se si fonda su "criteri obiettivi, stabili e resi pubblici" e se è giustificato da "motivi imperiosi di interesse generale". Riguardo agli specifici settori di intervento, la Commissione ha ammesso un regime particolare per gli investitori di un altro Stato membro qualora esso sia giustificato da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica purché, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, sia esclusa qualsiasi interpretazione che poggi su mere considerazioni di ordine economico che introdurrebbero meccanismi capaci di alterare il corretto funzionamento dell'economia di mercato.

I poteri speciali esercitabili nel settore dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni consistono nella possibilità di far valere il veto dell'esecutivo alle delibere, agli atti e alle operazioni concernenti asset strategici, in presenza dei requisiti richiesti dalla legge, ovvero imporvi specifiche condizioni; di porre condizioni all'efficacia dell'acquisto di partecipazioni da parte di soggetti esterni all'UE in società che detengono attivi "strategici" e, in casi eccezionali, opporsi all'acquisto stesso.

Potere di ultima istanza : ennesimo segno di un ritorno dello Stato nell'economia con le caratteristiche specifiche di questa epoca che segue l'epoca del trionfo (e poi della multiforme crisi) dell'economia di mercato.

Va anche fatto un cenno al tema degli investimenti esteri diretti spesso oggetto di arbitrati che vedono le imprese multinazionali agire contro lo Stato quando cambiano regole ad es.

ambientali incidenti sulle condizioni originarie dell'investimento. Basterà qui richiamare i casi Corte UE Acmea BV v. Repubblica slovacca e Repubblica di Moldova v. Komstroy per delineare il quadro della partita in corso sulla ridefinizione dei confini fra giudizi arbitrali internazionali e sistema giudiziario europeo.

Il giudice amministrativo nazionale che agisce come parte del sistema giudiziario dell'UE riceve nuova linfa e legittimazione dalla giurisprudenza comunitaria che preclude gli arbitrati intra-UE; la linea di confine è delicata poiché da una parte occorre limitare il ricorso alla giustizia arbitrale dall'altra evitare che lo spazio giuridico europeo venga percepito come non sicuro dagli investitori internazionali; ciò richiede giudici nazionali attrezzati e sensibili e un'amministrazione forte nel maneggiare lo strumentario del partenariato pubblico privato.

Un'altra caratteristica dell'intervento dello Stato è quella legata al salvataggio delle imprese in crisi.

Si tratta dello Stato salvatore.

Anche in questo caso però il salvataggio non ha le caratteristiche del passato, si presenta (caso ILVA a tutela di un'impresa siderurgica strategica, o in prospettiva TIM a tutela della rete, ed alla risalente vicenda Monte Paschi a tutela della stabilità finanziaria) come un intervento intermittente, temporaneo per la restituzione al mercato delle imprese dopo il loro risanamento.

Stato risanatore, quindi, scommessa non facile non sempre riuscita per la complessità delle variabili in giuoco e per la necessità di una forte e intelligente guida dei processi industriali e finanziari ossia per il ritorno alla politica industriale.

In questo quadro si torna nel dibattito giuridico a riflettere sulla necessità di rendere più trasparenti (e quindi anche controllabili ed eventualmente giustiziabili) le direttive dello Stato azionista sottraendole al dominio del mero diritto privato (pur ottimamente e sapientemente svolto dalla Direzione Generale del Tesoro) e reintroducendo spazi di diritto pubblico che rendano trasparente il rapporto fra politica ed amministrazione nel governo dell'economia.

Anche qui non un ritorno impossibile al Ministero delle Partecipazioni Statali ma un ridisegno attento dei confini fra diritto privato e diritto pubblico che restituisca un quadro più preciso delle competenze della politica e dell'amministrazione nel governo dell'industria.

Scelte politiche che devono trovare i loro tempi di maturazione.

Il Consiglio di Stato nel suo ruolo consultivo può ben ausiliare il Governo – man mano che crescerà lo spazio del nuovo intervento dello Stato nell'economia - a progettare nuove efficienti e più trasparenti norme di governo politico delle partecipazioni pubbliche in **un'ottica di riforma organica dell'intervento dello Stato nell'economia**.

In ultimo le procedure di spesa: qui il Consiglio ha segnato il passo con l'elaborazione del **codice dei contratti pubblici** secondo quanto richiesto dalla Commissione nel processo di attuazione del PNRR.

Gli innovativi principi che reggono il codice dei contratti, l'orientamento al risultato, la semplificazione delle regole, il carattere autoapplicativo del codice, l'eliminazione del gold plating, gli incentivi al PPP ed alle concessioni si segnalano come novità che devono però necessariamente accompagnarsi alla riforma ed all'accorpamento delle stazioni appaltanti, alla digitalizzazione delle procedure, alla qualificazione del personale competente a svolgere le gare.

In particolare si segnala la centralità del PPP sul piano finanziario: i documenti comunitari sono chiarissimi nel promuovere questa tipologia di contratti nella quale è centrale l'investitore privato, con effetto di moltiplicazione delle risorse pubbliche stanziato dal PNRR, moltiplicazione molto utile in tempi di crescita inflazionistica che rischia di depotenziare il quadro macroeconomico atteso dall'attuazione della pianificazione europea senza l'apporto intelligente di progetti e risparmi privati.

Ciò richiede un'amministrazione competente e qualificata tecnicamente ed impone di investire maggiormente nel personale amministrativo, incentrando gli interventi riformatori non tanto sugli aspetti procedurali quanto su quelli organizzativi.

Importante è anche l'insieme delle funzioni di coordinamento riservate allo stato nella nuova attività programmatica. Il PNRR nasce in Europa ma si attua nei singoli Stati nazionali attraverso gli enti del polimorfismo amministrativo, tipici del sistema delle autonomie, sistema nel quale il rischio di paralisi decisionali e di poteri di veto può essere evitato solo mediante l'esistenza e l'esercizio – legalmente previsto – di poteri statali sostitutivi, altro terreno sul quale si gioca una partita decisiva per la corretta e tempestiva spendita delle risorse europee.

Centrale è anche per affrontare le emergenze – lo ha insegnato la pandemia – **il rapporto fra l'amministrazione e la scienza.**

Questo rapporto andrebbe meglio strutturato non solo investendo nell'Università e nella ricerca ma anche mediante la costituzione di organismi che abbiano alte funzioni consultive di carattere scientifico e non legati alle singole emergenze (il Consiglio Superiore dei Lavori pubblici è un modello ma se ne possono indicare altri L'AIFA e l'ISS).

Il giudice amministrativo dal 1999 ha ampliato il proprio sindacato sulla **discrezionalità tecnica** e tale sindacato è sempre più rilevante in un'epoca – quella postpandemica caratterizzata da un'elevata complessità – in cui molte decisioni pubbliche hanno bisogno di solide basi tecniche e scientifiche per essere adottate.

In ultimo **risorge lo Stato sociale**, il suo bisogno, sul delicato terreno dei diritti sociali all'istruzione ed alla sanità, è stato sentito fortemente nel periodo pandemico (basti pensare alle questioni, dibattute in giurisprudenza, relative alla didattica a distanza ed alle questioni relative ai trattamenti sanitari obbligatori o aventi elementi di coercitività anche indiretta) ma anche nel mondo postpandemico si pone il tema di una riconversione delle attività dell'amministrazione nel ridisegno di uno Stato sociale in un'epoca di rientro da deficit e di possibile stagflazione.

Il perimetro delle prestazioni esigibili e le questioni dei costi delle medesime e delle modalità del loro finanziamento non sono solo questioni politiche che si intrecciano ai temi della

definizione dei livelli essenziali delle prestazioni e delle competenze delle regioni che reclamano un federalismo differenziato, ma sono destinate a diventare, assai probabilmente, la materia di un contenzioso amministrativo fra amministrazioni o fra cittadini ed amministrazioni in vista della definizione del perimetro esatto dei diritti sociali sostenibili in base alle concrete condizioni della finanza pubblica.

Non si può poi ignorare la questione dei **nuovi poteri privati sovrani**, questione che nonostante i segni di ritorno dello Stato, rimane al centro della scena come un invitato di pietra.

Le aziende multinazionali che operano nel campo del digitale e della farmacologia, ma anche delle armi e dell'energia, sono, anche per difetti delle azioni delle autorità nazionali Antitrust operanti in paesi esteri extraeuropei, anche nella dimensione del mondo anglosassone, divenute aziende dotate di potere analogo a quello degli Stati sovrani (quanto a possesso di know how tecnico scientifico e possesso di capacità operative che consentono di operare alla pari con gli stati e gli ordinamenti sovranazionali).

Si pone non solo un problema di intervento delle autorità di regolazione dei mercati e di contrasto ai cartelli ed agli abusi di posizione dominante ma anche un vero e proprio problema di ripensamento di procedure ed istituti della nostra classica democrazia parlamentare nell'epoca del digitale.

Il Consiglio di Stato in passato ha incontrato la tematica della decisione algoritmica facendo da apripista ora sarà il tempo di formare un diritto giurisprudenziale, in argomento, più sofisticato e maturo anche sulla base delle suggestioni e delle indicazioni normative che vengono dalla sede europea.

La normativa europea sui servizi digitali si concentra sulla creazione di un ambiente online più sicuro per gli utenti e le imprese digitali e sulla protezione dei diritti fondamentali nello spazio

Definisce una serie di responsabilità e un quadro chiaro in materia di trasparenza e responsabilità per i prestatori di servizi intermediari come mercati online, social network, piattaforme per la condivisione di contenuti, piattaforme ricettive e di viaggio online

Di conseguenza, tutti gli intermediari online che offrono i loro servizi nel mercato unico, siano essi stabiliti nell'UE o al di fuori di essa, devono conformarsi alle nuove norme.

L'obiettivo della normativa europea sui mercati digitali è garantire condizioni di parità a tutte le imprese digitali, indipendentemente dalle loro dimensioni. Essa intende garantire un settore digitale competitivo ed equo:

vietando le pratiche sleali delle piattaforme online che detengono la quota maggiore del mercato

riconoscendo agli utenti commerciali la possibilità di offrire ai consumatori maggiori possibilità di scelta

fornendo ai consumatori servizi migliori e prezzi più equi

imponendo diritti e obblighi chiari alle piattaforme online di grandi dimensioni

promuovendo l'innovazione e un ambiente di piattaforma online più equo per le start-up tecnologiche

La legge sui mercati digitali definisce norme chiare per le grandi piattaforme.

Intende garantire che nessuna piattaforma online di grandi dimensioni agisca da "gatekeeper", vale a dire come un attore privato che può stabilire le regole sui mercati digitali controllando almeno uno dei cosiddetti "servizi di piattaforma di base".

Tematiche complesse che sono ineludibili per evitare che i processi della digitalizzazione sfocino nelle prospettive distopiche del capitalismo della massima sorveglianza, il Consiglio di Stato italiano, come i suoi omologhi europei farà la sua parte a tutela degli utenti e delle imprese perché l'amministrazione ed i mercati costruiscano un ambiente digitale nel quale fioriscono i diritti.

In definitiva siamo – come si è accennato – in una fase storica complessa.

Forse la categoria della crisi non è più sufficiente per interpretare la realtà.

Più idonea alle necessità dell'analisi è la categoria di *declino*.

Il succedersi di eventi catastrofici dalla crisi finanziaria del 2007-2008 alla crisi climatica, dalla pandemia alla guerra può essere visto come un affastellarsi di fatti casuali oppure può essere letto come un succedersi concatenato di eventi che possono prestarsi ad una lettura in chiave esplicativa unitaria.

Un tentativo può farsi in questo secondo senso.

Ed è allora che soccorre *la categoria del declino o tramonto della civiltà*.

Si tratta del declino di una forma specifica di civilizzazione, quella occidentale, quella della civiltà del tramonto, che, è stato detto, ha il declino nel suo patrimonio genetico (basti pensare alle ormai risalenti visioni spengleriane).

La ragione strumentale e l'uomo calcolante, la dominanza dell'economico sul politico, una globalizzazione troppo veloce, un diffondersi di tecniche che insieme ad indubbi vantaggi nascondono pericoli per l'autonomia del soggetto moderno, la politica di appropriazione indiscriminata della natura concepita come un universo illimitato e a disposizione degli umani, sono tutte dimensioni della nostra organizzazione di vita che costituiscono fonti di tensioni e conflitti da sottoporsi profondamente a critica sul piano scientifico e da fronteggiarsi sul piano istituzionale.

Naturalmente si è in tempo per correggere la rotta verso una globalizzazione ben temperata nel senso indicato da Rodrik .

Sono tutti punti di tensione che al giudice è dato osservare nel contenzioso emergente che spesso diviene contenzioso su emergenze.

Emergenze che trovano una risposta nel nuovo intervento dello Stato.

È in questo cantiere – a ridosso di un immaginario storico-sociale ancora in formazione sul rapporto ad es. fra Stato e mercato - che si vanno ridefinendo le funzioni della Giustizia amministrativa.

Naturalmente il declino di una forma di civilizzazione non comporta alcuna fine della storia ma semplicemente il succedersi di una civilizzazione giovane ad altra più risalente, fenomeno nell'ambito del quale sono possibili passaggi di testimone e conservazione e difesa dei valori.

La risposta della Rule of Law

Uno dei punti più alti del sistema dei valori della società occidentale è la Rule of Law.

In Europa la Rule of Law ha preso le forme dello Stato di diritto amministrativo.

Naturalmente si potrebbe ipotizzare che l'epoca dell'espansione del potere giudiziario sia alle battute finali.

Le vicende israeliane relative alla Corte Costituzionale ; la situazione polacca o ungherese; l'autoritarismo asiatico presentato come modello vincente, le torsioni che lo Stato di diritto inevitabilmente subisce in tempi di guerra sono sotto i nostri occhi.

Tuttavia con questa consapevolezza sullo sfondo si può tentare di rilanciare sui valori dello Stato di diritto e dello Stato di diritto amministrativo capace di controllare la legalità sostanziale dell'esercizio dei pubblici poteri.

Stato di diritto amministrativo significa esistenza di un giudice amministrativo come garante della legalità dell'esercizio dei pubblici poteri.

Si è molto cercato negli scorsi anni di definire il ruolo del giudice amministrativo.

Non c'è dubbio che alla sua originaria funzione – legata alla nascita della IV Sezione – di giudice della legalità dell'esercizio del potere si siano affiancate altre funzioni, specie evidenziatesi nella crescita delle funzioni non autoritative e contrattuali della pubblica amministrazione, tanto da condurre a quello che è stato definito il giudice dell'economia.

Giudice dell'economia sorto dal mutamento delle funzioni dei pubblici poteri intesi come strumenti necessari al corretto gioco delle dinamiche economiche e di mercato, all'ordinata convivenza civile che favorisce il ciclo di produzione e riproduzione del capitale e lo sviluppo delle industrie.

Ciò è avvenuto registrando nelle aule di giustizia il cruciale passaggio dallo Stato interventore allo Stato regolatore con la nascita e l'affermazione delle amministrazioni indipendenti e delle svariate agenzie di regolazione connotanti la complessa evoluzione del capitalismo contemporaneo .

Non c'è dubbio che al processo tradizionale sull'atto amministrativo, sia succeduto – in parallelo alle trasformazioni dello Stato amministrazione- un processo amministrativo capace

di guardare al complesso dell'attività – dotato di azioni che lo spingono verso l'effettività della tutela - arrivando poi con il crescere dei casi di giurisdizione esclusiva per scelte del legislatore, fino alla cognizione piena del rapporto amministrativo e – in tutti i casi anche al di fuori della giurisdizione esclusiva - ad un pieno dominio della prova e del fatto.

Questo processo è visibile anche nella crescita del contenzioso in materia di appalti che ha acquisito una indubbia centralità nell'esperienza giuridica, testimoniata dalla mole degli studi giuridici in materia, finalizzati a fare luce nelle più recondite pieghe del sistema giuridico settoriale del codice dei contratti.

I ruoli del giudice amministrativo nella crisi **sono** tuttavia progressivamente *creciuti ben al di là della sua ormai tradizionale connotazione di giudice dell'economia*.

Il giudice amministrativo *diviene giudice della complessità* le quante volte, nell'incontro Stato-mercato del diritto della regolazione o nel diritto ambientale o sanitario è chiamato ad arbitrare su complesse questioni relative a frontiere dei saperi tecnico-scientifici ciò che fa più ordinariamente mediante il suo esteso ma responsabile sindacato sulla discrezionalità tecnica dell'amministrazione.

Il giudice amministrativo *diviene giudice dei servizi pubblici a carattere sociale* le quante volte è costretto a decidere su casi che impattano sull'organizzazione dei servizi pubblici, specie sanitari (come è accaduto in tempi di pandemia) sulle loro forme di finanziamento, sui partenariati pubblico privati specie di tipo istituzionale.

Il giudice amministrativo diviene sempre più *giudice dei diritti fondamentali*, in tutti i campi di giurisdizione esclusiva in cui questo tema si ponga (sempre più occorrono controversie che hanno importanti riflessi sul diritto alla salute, sul diritto all'ambiente salubre, sui diritti dei disabili o dei consumatori ed investitori, sulla correlazione di tali diritti con i modelli di mercato come ad es, in un recente caso in cui si è posta la questione della definizione del concetto di homo oeconomicus ai fini del diritto della concorrenza).

A questa dimensione della tutela si affianca quella - menzionata nella Relazione del Presidente Maruotti – di *giudice degli interessi legittimi fondamentali* che sono quegli interessi legati allo sviluppo della persona umana o che hanno la loro base nei diritti fondamentali (nozione diversa da quella dei diritti inviolabili tutelati dal giudice ordinario) tutelati dalla Costituzione e dalla Cedu ed astrattamente conformabili dal potere di nuovo conio di stampo emergenziale (e si pensi ai D.P.C.M. in pandemia).

Il giudice amministrativo diviene altresì *giudice delle regole dello sviluppo tecnologico* come avviene nelle numerose cause che hanno ad oggetto il sistema delle telecomunicazioni sul piano infrastrutturale e dei programmi fino alle questioni relative alla sindacabilità degli algoritmi usati dalle pubbliche amministrazioni.

In ultimo il giudice amministrativo si appalesa come *giudice dei nuovi poteri privati sovrani* nel contenzioso sorto fra poteri pubblici e Big players del mondo economico legato ad aspetti della crisi che da una parte reclamano un nuovo incisivo intervento dello Stato e dall'altra vedono crescere il ruolo dei grandi giganti dell'economia come fornitori di servizi (il riferimento può farsi ai poteri di golden power ed al diritto antitrust).

Ed ancora il giudice amministrativo – insieme al giudice ordinario – *è il giudice del corretto dimensionamento della apertura internazionale del nostro ordinamento* in tutte le questioni migratorie e relative ai problemi di integrazione degli stranieri.

Queste sono le nuove frontiere del nostro intervento giurisdizionale.

Un cantiere aperto, si è detto.

Per orientarsi abbiamo la Costituzione e la centralità dei diritti della persona umana.

Una sfida appassionante alla quale la magistratura amministrativa non deve sottrarsi consapevole della necessità di dialogare con le altre magistrature, nazionali (cercando di risolvere le questioni di giurisdizione che insorgono nelle nuove materie) e sovranazionali (cercando di veicolare i bisogni di giustizia ed i dubbi interpretativi che devono essere sciolti dalle corti sovranazionali ed evitando rimessioni puramente difensive sapientemente utilizzando gli spazi lasciati ai giudici nazionali dalla nuova giurisprudenza Cilfit).

*Introduzione alla tavola rotonda “Il giudice amministrativo - nel tempo dell'emergenza e del ritorno dello Stato - fra interessi legittimi fondamentali e diritti fondamentali”, Roma, 28 marzo 2023, LUISS Guido Carli.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2670 – 22 febbraio 2023

Il silenzio-assenso sulla domanda di permesso di costruire tra esigenze di certezza giuridica e tutela dell'interesse pubblico (nota a Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2022, n. 7631)

di Saul Monzani

Sommario: 1. Richiesta di permesso di costruire e silenzio della pubblica amministrazione: inquadramento normativo. – 2. I requisiti di formazione del silenzio-assenso sulla domanda di permesso di costruire: orientamenti giurisprudenziali a confronto. – 3. La tesi della formazione del silenzio-assenso per effetto del solo decorso del termine di conclusione del procedimento in una prospettiva sistematica. – 4. Conclusioni: silenzio-assenso ed annullamento d'ufficio dei titoli edilizi.

1. Richiesta di permesso di costruire e silenzio della pubblica amministrazione: inquadramento normativo.

La sentenza oggetto del presente commento si colloca nel dibattito giurisprudenziale avente ad oggetto l'individuazione delle condizioni in presenza delle quali si possa ritenere formato il silenzio-assenso sulla richiesta di permesso di costruire non riscontrata espressamente dalla pubblica amministrazione.

Come è noto, la fattispecie in questione è regolata attualmente dal comma 8 dell'art. 20 del d.P.R. 65 giugno 2001 s.m.i. (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), il quale, capovolgendo la prospettiva di cui all'originario comma 9, il quale ricollegava la formazione del silenzio diniego all'inutile decorso del termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, dispone che, in tale ultimo caso, "ove il dirigente o il

responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali”.

Ma vi è di più: tramite l'art. 10, comma 1, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. nella l. 11 settembre 2020, n. 120 (c.d. decreto semplificazioni 2020), proprio al fine di “semplificare e accelerare le procedure edilizie e ridurre gli oneri a carico dei cittadini e delle imprese”, si è introdotto, sempre al comma 8 dell'art. 20 cit., un'ulteriore specificazione per cui “Fermi restando gli effetti comunque prodotti dal silenzio, lo sportello unico per l'edilizia rilascia anche in via telematica, entro quindici giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego; altrimenti, nello stesso termine, comunica all'interessato che tali atti sono intervenuti”.

Tale ultimo intervento legislativo è apparso funzionale a fornire all'interessato un elemento di certezza documentale rispetto alla *factio juris* rappresentata dal silenzio assenso, in modo da consentire l'avvio dei lavori senza esporre a rischi i soggetti a vario titolo coinvolti nonché allo scopo di offrire un adeguato livello di sicurezza giuridica nei contratti di compravendita immobiliare o ai fini dell'accesso al credito^[1].

2. I requisiti di formazione del silenzio-assenso sulla domanda di permesso di costruire: orientamenti giurisprudenziali a confronto.

A fronte di un apparente, per non dire evidente, *favor* legislativo verso la prospettiva della formazione del silenzio-assenso in virtù del mero decorso del termine di conclusione del procedimento, fatta eccezione per le situazioni in cui sussistano particolari vincoli afferenti ad interessi pubblici particolarmente rilevanti^[2], il panorama giurisprudenziale, entro cui si inserisce anche la sentenza oggetto del presente commento, continua a fornire un'interpretazione più rigorosa di quanto sembra emergere dal quadro normativo. In tale ottica, permane l'interpretazione per cui la formazione del silenzio-assenso nei confronti di una domanda di permesso di costruire richiede, non solo il decorso del termine previsto dalla legge senza l'avvenuta emissione di un provvedimento espresso, bensì anche la sussistenza della c.d. conformità urbanistica, ossia la contestuale presenza di tutti i requisiti e i presupposti per conseguire il bene della vita richiesto, consistente, nel caso, nel rilascio del titolo edilizio richiesto^[3].

La giurisprudenza che si è espressa nel senso indicato ha assunto quale presupposto il principio per cui “non si possa ottenere *per silentium* quel che non sarebbe altrimenti possibile mediante l'esercizio espresso del potere da parte della pubblica amministrazione”^[4] o, in altri termini, che, se così non fosse, il richiedente, sulla base dell'inerzia della pubblica amministrazione, verrebbe ad ottenere un ampliamento della propria sfera giuridica, in termini di assenso all'esercizio dello *ius aedificandi*, che non avrebbe potuto conseguire mediante l'ordinario procedimento espresso, il che significherebbe rimettere a un dato casuale (l'inerzia o l'attività della pubblica amministrazione) la formazione del titolo edilizio, in contrasto con il fondamentale principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.^[5]

Per tale via, si ammette che la pubblica amministrazione conservi il potere di adottare, anche dopo la scadenza del termine di conclusione del procedimento, un provvedimento di diniego in modo da intervenire senza limiti di tempo a reprimere un'attività avviata in carenza dei presupposti di legge. In sostanza, la prospettazione appena illustrata poggia sulla considerazione dell'inerzia come un mero fatto giuridicamente rilevante, a cui l'ordinamento fa discendere la produzione di effetti equivalenti a quelli del provvedimento di accoglimento dell'istanza, con la conseguenza che, in quanto fatto, esso sarebbe qualificabile come esistente o inesistente in base alla conformità a legge sia della domanda che dell'attività da svolgere, quale requisito per la formazione del silenzio-assenso[6].

La fin qui riferita posizione giurisprudenziale, sebbene tenda a prevalere numericamente nelle pronunce più recenti, non appare incontrastata: anzi, si possono rinvenire, anche negli ultimi tempi, prese di posizione di segno opposto secondo le quali, viceversa, il silenzio-assenso si forma per effetto del vano decorso del termine di conclusione del procedimento, a prescindere dall'effettiva sussistenza dei requisiti e presupposti sostanziali richiesti dalla legge per il rilascio del titolo abilitativo[7].

Quest'ultima interpretazione si è basata sulla considerazione generale per cui il silenzio-assenso costituisce un istituto che risponde ad una valutazione legale tipica in forza della quale l'inerzia equivale a provvedimento di accoglimento, con il naturale corollario per cui, ove sussistano i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può formarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme alla legge. Sempre secondo la interpretazione ora in commento, ritenere diversamente, ovvero che il silenzio-assenso sia produttivo di effetti solo in presenza dei requisiti posti dalla disciplina sostanziale, significherebbe vanificare in radice le finalità di semplificazione proprie di tale istituto: in tale ottica, il privato non trarrebbe alcun vantaggio ove la pubblica amministrazione fosse posta in grado, senza oneri e vincoli procedurali ed in qualunque tempo, di disconoscere gli effetti della domanda non riscontrata nei termini, oltre i quali, invece, viene, meno il potere (primario) di provvedere e residua solo la possibilità di intervenire in autotutela, nei termini previsti dalla legge, sull'assetto degli interessi formatosi tacitamente.

3. La tesi della formazione del silenzio-assenso per effetto del solo decorso del termine di conclusione del procedimento in una prospettiva sistematica.

L'orientamento giurisprudenziale da ultimo riferito, che risulta il più aderente al dato testuale normativo come sopra ricordato nonché al chiaro intento legislativo nel senso della semplificazione, è stato basato anche su considerazioni di carattere sistematico, ossia traendo spunto da altre disposizioni di legge che si porrebbero in coerenza con la prospettiva della formazione del silenzio-assenso sulla domanda di permesso di costruire per effetto del solo decorso del termine di conclusione del procedimento.

In tale quadro, è stato notato, in primo luogo, che, ai sensi dell'art. 20, comma 3, della l. n. 241 del 1990, ove il silenzio dell'amministrazione equivalga ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, nel senso della revoca o dell'annullamento d'ufficio. Da tale norma, si trarrebbe la conseguenza che la violazione di legge non incide sul perfezionamento della fattispecie, bensì rileva, secondo i canoni generali, in termini di illegittimità dell'atto. In altri termini, per quanto qui interessa,

la norma citata deporrebbe per il fatto che il silenzio-assenso si perfeziona col decorso del termine di conclusione del procedimento anche in assenza dei presupposti di legge, determinando, in tale ipotesi, un risultato equivalente all'emissione di un provvedimento espresso illegittimo che, come tale, può essere oggetto, al più, di un'iniziativa in autotutela dell'amministrazione competente.

In secondo luogo, si è considerato, ai fini ora in questione, il disposto di cui all'art. 2, comma 8-*bis*, della l. n. 241 del 1990, come introdotto in forza della l. n. 120 del 2020, il quale è giunto a precisare che le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di conclusione del procedimento sono inefficaci, fermo restando il potere di annullamento d'ufficio, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni. Anche da questo angolo visuale, dunque, si confermerebbe che il provvedimento tacito si forma per effetto del silenzio, salvo che i relativi effetti possano risultare illegittimi in mancanza dei presupposti di legge, con la conseguenza che il provvedimento così formatosi diverrebbe passibile di annullamento d'ufficio.

La novella appena evidenziata, a fronte del citato confronto giurisprudenziale tra posizioni diverse, ha posto un ulteriore tassello a favore dell'interpretazione per cui, nel caso che qui preme considerare, la formazione del silenzio-assenso sull'istanza di permesso di costruire rimasta inevasa si ricollega (unicamente) al mero decorso del termine di conclusione del procedimento. In tale ottica, il legislatore è giunto a precisare il carattere perentorio del termine predetto, ai fini della formazione del silenzio, nonché a sancire che l'eventuale provvedimento tardivo emanato dalla pubblica amministrazione non produce effetti, essendosi ormai consumato il relativo potere e residuando solo un eventuale intervento di secondo grado in autotutela. Proprio in quest'ultimo ordine di idee, sarebbe forse stato preferibile chiarire che un eventuale provvedimento tardivo sia affetto da nullità, piuttosto che da inefficacia, e ciò proprio in quanto, consumatosi il potere di decidere per effetto del decorso del termine di conclusione del procedimento, da intendersi appunto perentorio, la successiva attività provvedimentale dovrebbe, logicamente, considerarsi "*tamquam non esset*", in ragione di una sopravvenuta carenza assoluta di potere[8].

In ogni caso, è stato osservato che pure nell'ipotesi della nullità, comunque, al privato destinatario di un provvedimento (di diniego) tardivo, residuerebbe l'onere, nell'incertezza derivante dal quadro giurisprudenziale in commento, di adire il giudice amministrativo entro 180 giorni dal provvedimento stesso, anche solo in via prudenziale, per sentirne dichiarare la nullità o, al limite, l'inefficacia[9].

In terzo luogo, militerebbe nel senso ora in commento la previsione generale di cui all'art. 20, comma 2-*bis*, della l. n. 241 del 1990, come introdotta dal d.l. n. 77 del 2021, per cui, sulla falsariga di quanto già specificamente previsto proprio in materia edilizia, nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento e fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda, con l'ulteriore precisazione che decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una auto-dichiarazione del privato.

Ancora, si è individuato un elemento di conferma alla prospettazione ora in considerazione nell'avvenuta abrogazione della norma di cui al comma 2 dell'art. 21 della l. n. 241 del 1990, la quale disponeva che le sanzioni previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza di atto di assenso dell'amministrazione o in difformità da esso si applicano anche a coloro che abbiano iniziato l'attività in forza della formazione del silenzio-assenso in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente.

Infine, sempre con riguardo all'art. 21 della l. n. 241 del 1990 ma con riferimento al disposto di cui al comma 1 e sempre a sostegno della teoria ora in commento, si è apprezzato, sul presupposto per cui l'interessato nella propria domanda deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti, che la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria sono escluse solo in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni, e non in caso di dichiarazioni più semplicemente incomplete, nel qual caso, pertanto, il silenzio-assenso si perfezionerebbe comunque.

4. Conclusioni: silenzio-assenso ed annullamento d'ufficio dei titoli edilizi.

In conclusione, la giurisprudenza, di cui fa parte la sentenza in commento, che richiede la conformità urbanistica dell'intervento proposto, oltre al decorso del termine di conclusione del procedimento, ai fini della formazione del silenzio-assenso sulla domanda di permesso di costruire appare decisamente criticabile.

Del resto, è stato anche svelato come l'argomentazione per cui non si potrebbe ottenere attraverso il silenzio un risultato contrario alla legge tradisca in realtà una confusione tra perfezionamento della fattispecie attraverso il silenzio-assenso, nei termini previsti dalla legge, ed effetti di quella fattispecie, i quali possono anche essere illegittimi per violazione delle norme urbanistiche, con conseguente possibilità di attivare i rimedi in autotutela, quale l'annullamento d'ufficio, la cui operatività è espressamente estesa, dall'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990 s.m.i., ai casi in cui il provvedimento si sia formato per silenzio assenso^[10].

In definitiva, il quadro di incertezza che viene tuttora alimentato dalla giurisprudenza come quella in commento appare vanificare, almeno una certa misura, gli sforzi del legislatore, innegabilmente diretti verso la semplificazione, quale valore funzionale anche alla ripresa economica. In campo edilizio, peraltro, ove i valori in gioco sono rilevanti, sia dal punto di vista meramente economico che di quello occupazionale, le esigenze di certezza giuridica appaiono particolarmente significative al fine di non rendere difficoltosi i passaggi di proprietà degli immobili. Tenendo conto di ciò, appare ancora più criticabile che, in caso di inerzia dell'amministrazione, si lasci il privato nell'incertezza circa l'effettiva formazione del silenzio-assenso, nel momento in cui quest'ultimo sia ricondotto, non solo al mero decorso del termine di conclusione del procedimento, ma anche alla sussistenza dei requisiti e presupposti previsti dalla legge per il conseguimento del permesso di costruire, il cui accertamento non è affatto scontato in un quadro normativo, come quello relativo all'attività edilizia, multi-livello tra Stato, Regioni ed enti locali, attraversato da molteplici interessi pubblici, anche particolarmente sensibili, nonché in un ambito potenzialmente interessato anche dall'azione penale nei confronti di comportamenti in grado di integrare la fattispecie dell'abuso edilizio.

In altre parole, occorre che il privato possa confidare nell'effettiva acquisizione del titolo legittimante l'intervento edilizio, anche per il tramite del silenzio-assenso, la cui formazione non può ragionevolmente dipendere dall'accertamento della conformità urbanistica lasciata all'apprezzamento del privato stesso, invece che all'attività provvedimentale della pubblica amministrazione.

Proprio nella descritta direzione, ovvero quella della necessità della certezza dei rapporti giuridici, va collocata la, già segnalata, novella legislativa introdotta nel campo edilizio, e poi generalizzata, per cui la pubblica amministrazione è tenuta a rilasciare un'attestazione circa l'avvenuto decorso dei termini di conclusione del procedimento senza che siano intervenute richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e provvedimenti di diniego, la quale attestazione, come parimenti già rilevato, verrebbe a costituire un elemento di certezza maggiormente "tangibile" rispetto al provvedimento tacito e dunque in grado di assicurare tutti i soggetti coinvolti nell'avvio e nello svolgimento dell'attività edilizia.

Del resto, la tutela dell'interesse pubblico a fronte di un permesso di costruire formatosi tacitamente appare comunque adeguatamente tutelato, in primo luogo, dall'esclusione dell'operatività del silenzio-assenso nei casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali, nonché in secondo luogo, dalla possibilità di procedere all'annullamento d'ufficio di eventuali provvedimenti taciti formati in difetto dei presupposti di legge. Da quest'ultimo punto di vista, il (doveroso) equilibrio con il legittimo affidamento del privato che abbia confidato nell'ottenimento, sia pure in via tacita, del permesso di costruire, viene ottenuta grazie alle particolari condizioni e limiti che caratterizzano i provvedimenti di secondo grado adottati in via di autotutela da parte della pubblica amministrazione, senza che quest'ultima, viceversa, possa ritenersi abilitata ad emanare provvedimenti tardivi senza il rispetto di tali condizioni.

Pertanto, nel momento in cui la pubblica amministrazione intenda inibire un'attività edilizia tacitamente assentita per effetto del mero decorso del termine di conclusione del procedimento, non potrà farlo liberamente in maniera tardiva, ma dovrà necessariamente accertare, dandone conto in motivazione, la sussistenza dei presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi, i quali presupposti sono da individuarsi nell'originaria illegittimità del provvedimento nonché nell'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione (diverso dal mero ripristino della legalità violata), tenuto conto anche delle posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo ai destinatari^[11].

[11] Sul punto cfr E. Boscolo, *Semplificazioni e flessibilizzazioni nella disciplina dei titoli edilizi*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 185-188.

[2] Nel senso che ai fini della formazione del provvedimento implicito di assenso occorre verificare che, oltre all'inutile decorso del tempo necessario alla conclusione del procedimento, la domanda sia stata presentata dal soggetto legittimato alla richiesta, nonché corredata dalle attestazioni, dagli elaborati grafici e dalle asseverazioni espressamente richieste e che, infine, non sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientale, paesaggistici o culturali, si v. tra le altre e di recente, T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 3 novembre 2021, n. 910, in www.giustizia-amministrativa.it.

[3] Nel senso indicato si sono espresse di recente, oltre alla sentenza in commento, anche, Cons. St., sez. IV, 28 gennaio 2022, n. 616, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez., VI, 8 settembre 2021, n. 6235, in *Riv. giur. edilizia*, 2021, I, 1654; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 29 luglio 2022, n. 10792, in *Riv. giur. edilizia*, 2022, I, 1247; T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 22

novembre 2022, n. 1565, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 2 maggio 2022, n. 1462, *ivi*; T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 9 luglio 2021, n. 2229, *ivi*; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 18 gennaio 2021, n. 105, *ivi*. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali in tempi più risalenti, si v. A. Licci Marini, *Silenzio assenso in materia edilizia*, in *Urb. e app.*, 2018, 850 ss.

[4] Cons. St., sez. IV, 29 novembre 2021, n. 7924, in www.giustizia-amministrativa.it.

[5] Così, di recente, T.A.R. Trentino-Alto Adige Trento, sez. I, 28 febbraio 2022, n. 44, in www.giustizia-amministrativa.it.

[6] Sul punto cfr. G. Mari, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimenti e procedurali della P.A.*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 226. In tema si v. anche M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in www.federalismi.it, 2020.

[7] Così, di recente, Cons. St., sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746, in www.giustizia-amministrativa.it. Per un commento si v. anche P. Marzaro, *Il silenzio assenso e l'infinito della semplificazione. La scomposizione dell'ordinamento nella giurisprudenza sui procedimenti autorizzatori semplificati*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 584-588.

[8] Sul punto M. Calabrò, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, in questa *Rivista*, 26 novembre 2020. Sempre nel senso della ritenuta nullità di un provvedimento tardivo sull'istanza di permesso di costruire, G. Corso, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove autonomie*, 2021, 9 ss., ha osservato come le recenti novelle legislative abbiano condotto all'attribuzione al silenzio-assenso di una forza limitativa del potere amministrativo, che con la formazione di questo si esaurisce, conseguendone una rinnovata connessione tra il piano della (in-)validità, sotto forma di nullità, e quello della (in-)efficacia della determinazione espressa tardiva.

[9] Così, M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, in www.giustizia-amministrativa.it, 24 maggio 2022.

[10] Così A. Travi, *Silenzio-assenso e conformità urbanistica delle opere*, in *Foro it.*, 2022, 430 ss., il quale ha osservato come la individuazione delle condizioni per la maturazione del silenzio-assenso non siano rimesse alla giurisprudenza, essendo definite dalla legge, con la conseguenza che il giudice amministrativo non può sovrapporre valori diversi a quelli che la legge abbia sancito e stabilito nel prevedere e regolare l'istituto. In definitiva, in tale ottica, si è ribadito che se la legge non stabilisce che la conformità urbanistica rappresenti una condizione per la formazione del silenzio-assenso, quest'ultimo si forma anche in assenza di conformità urbanistica, fatta salva l'eventuale illegittimità degli effetti così prodotti e la loro conseguente annullabilità nei modi e nei termini previsti dalla legge.

[11] Così, di recente, Cons. St., sez. II, 17 ottobre 2022, n. 8840, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si è ulteriormente specificato che l'esercizio del potere di autotutela è espressione di una rilevante discrezionalità che non esime, tuttavia, l'Amministrazione dal dare conto, sia pure sinteticamente, della sussistenza dei menzionati presupposti e l'ambito di motivazione esigibile è integrato dall'allegazione del vizio che inficia il titolo edilizio, dovendosi tenere conto, per il resto, del particolare atteggiarsi dell'interesse pubblico in materia di tutela del territorio e dei valori che su di esso insistono, che possono indubbiamente essere prevalenti, se spiegati, rispetto a quelli contrapposti dei privati, nonché dall'eventuale negligenza o malafede del privato che ha indotto in errore l'Amministrazione. Nello stesso senso anche Cons. St., sez. VI, 28 dicembre 2021, n.8641, *ivi*; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 14 marzo 2022, n. 135, *ivi*; T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 1° ottobre 2021, n. 6150, *ivi*.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2699 – 15 marzo 2023

Sull'appellabilità dell'ordinanza pronunciata sulla richiesta di accesso documentale *ex art. 116, co. 2, c.p.a.* (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2023, n. 4)

di Clara Napolitano

Sommario: 1. I fatti processuali e il principio espresso dalla Plenaria. – 2. Fondamento del principio: la natura decisoria dell'ordinanza *ex art. 116, co. 2, c.p.a.* – 3. Questioni collaterali: la «connessione» dei documenti oggetto della richiesta al giudizio in corso. – 4. Effettività della tutela, doppio grado di giudizio e principio di legalità processuale.

1. I fatti processuali e il principio espresso dalla Plenaria.

Il Supremo Consesso del Consiglio di Stato si esprime sull'appellabilità dell'ordinanza che si pronuncia in merito alla richiesta di accesso documentale inoltrata nel corso del giudizio *ex art. 116, co. 2, c.p.a.*

Qui di seguito i fatti della controversia che ha sollecitato l'intervento della Plenaria.

Nel 2020 la Consob^[1] approva il regolamento del personale; la relativa delibera è quindi impugnata innanzi al Tar Lazio da alcuni avvocati appartenenti all'ufficio “consulenza legale” della Commissione, nella parte relativa al mancato adeguamento del trattamento giuridico ed economico, nonché dell'ordinamento delle carriere degli avvocati interni rispetto a quanto previsto dalla l. 31 dicembre 2012, n. 247^[2] sull'ordinamento professionale forense e dall'ordinamento delle carriere degli avvocati della Banca d'Italia.

Nell'ambito del giudizio di annullamento, i ricorrenti propongono richiesta di accesso documentale *ex art.* 116, co. 2, c.p.a., finalizzata alla ostensione di tutti i documenti amministrativi afferenti al regolamento del personale e concernenti il profilo del trattamento economico, ivi compresi verbali delle riunioni di Commissione nei quali il tema è trattato; corrispondenza interna intercorsa tra le Unità organizzative della Consob; corrispondenza intercorsa tra la Consob e gli Ordini professionali. L'esibizione documentale – tematicamente limitata all'adeguamento del trattamento economico – è dichiaratamente funzionale alla difesa nel giudizio principale già incardinato.

A questa richiesta la Consob risponde con parziale reiezione, limitando l'ostensione alla sola corrispondenza intercorsa con gli Ordini professionali e negando, viceversa, l'accesso alla restante documentazione richiesta, ritenuta «connessa all'esercizio di potestà normativa» – tale intendendosi l'adozione del regolamento del personale – e, pertanto, non accessibile in forza dell'art. 24, co. 1, lett. c), l. n. 241/1990[3].

È qui che s'instaura una *sub*-fase processuale avverso quel diniego d'accesso, conclusasi con ordinanza[4] nella quale, rilevata la fondatezza dell'istanza e accertato il conseguente diritto dei ricorrenti di accedere alla documentazione richiesta[5], il Tar ordina alla Consob di consentire l'accesso entro i trenta giorni successivi dalla comunicazione del provvedimento giurisdizionale.

L'Amministrazione resistente appella l'ordinanza, chiedendo altresì la sospensione cautelare dei suoi effetti: la VI Sezione del Consiglio di Stato, investita del ricorso, accoglie (solo parzialmente) la sospensiva[6] e, con altro provvedimento[7], rimette all'Adunanza plenaria la questione circa l'ammissibilità dell'appello avverso l'ordinanza del Giudice che si pronuncia sull'accesso documentale in giudizio *ex art.* 116, co. 2, c.p.a.

Questione alla quale – lo si dichiara sin d'ora – il *plenum* del Consiglio di Stato risponde in senso affermativo, così ponendo fine a un serrato contrasto giurisprudenziale: «l'ordinanza resa nel corso del processo di primo grado sull'istanza di accesso documentale ai sensi dell'art. 116, secondo comma, cod. proc. amm., è appellabile innanzi al Consiglio di Stato».

2. Fondamento del principio: la natura decisoria dell'ordinanza ex art. 116, co. 2, c.p.a.

Ora, il principio ha un fondamento logico-concettuale ben preciso: l'ordinanza di cui all'art. 116, co. 2, c.p.a. ha natura decisoria[8]; come tale, dev'esserne assicurata l'appellabilità in ossequio ai principi costituzionali di difesa (art. 24 Cost.) e del doppio grado di giudizio (art. 125 Cost.).

Non v'è dubbio che il *decisum* del Consiglio di Stato abbia consentito una maggiore effettività della tutela dei richiedenti l'accesso, nonché degli eventuali controinteressati, mediante l'attribuzione di autonoma valenza decisoria all'ordinanza; questo esito, peraltro, passa per una attività interpretativa delle disposizioni che, probabilmente, esula dallo stretto perimetro del principio di legalità processuale.

Ma andiamo per gradi.

La natura decisoria dell'ordinanza che si pronuncia sull'istanza di accesso in corso di giudizio, si diceva.

Per rifletterci bisogna guardare alla vicenda da un angolo visuale più ampio, che procede più addietro nel tempo, e che si affaccia anche al diritto procedimentale sostanziale.

Invero, quello dell'accesso, disciplinato dall'art. 116 c.p.a., è un rito speciale, più celere di quello ordinario: esso consente d'impugnare il diniego (espreso o tacito) di accesso entro trenta giorni dalla sua conoscenza (o dalla formazione del silenzio rifiuto) e si conclude con una sentenza in forma semplificata, nella quale il Giudice, accertata la fondatezza della domanda^[9], ordina all'Amministrazione l'esibizione dei documenti richiesti^[10]. La sentenza, ovviamente, è appellabile.

Il comma 2 della medesima disposizione^[11] ha poi una funzione di economia processuale^[12]: esso consente – nell'ambito di un giudizio pendente – d'inoltrare istanza di accesso ai documenti “connessi” al giudizio medesimo. Su quell'istanza, depositata presso la segreteria del Tar e notificata all'Amministrazione e alle altre parti processuali, il Giudice può pronunciarsi con apposita ordinanza oppure direttamente nella sentenza che decide il giudizio principale.

La strutturazione della norma nulla dice circa la natura dell'ordinanza, dunque il tenore letterale non suggerisce alcuno specifico orientamento sul punto.

Ciò contrariamente a quanto, invece, accadeva prima del 2010, dunque prima della codificazione, laddove il diritto procedimentale amministrativo^[13] e le disposizioni organizzative e di rito processuali^[14] attribuivano espressamente la natura «istruttoria» a quell'ordinanza.

L'eliminazione dell'attributo «istruttoria» nella disposizione codicistica induce a ritenere che il legislatore *quod voluit dixit, quod non dixit noluit*: sicché il dato normativo di cui all'art. 116, co. 2, c.p.a. – o meglio, il silenzio di quel dato – sarebbe il primo indizio – a livello interpretativo – della mutata natura dell'ordinanza sull'istanza di accesso.

E però è altresì vero che già prima del codice del processo amministrativo era emerso un contrasto giurisprudenziale, interno persino alle medesime sezioni, sul modo di concepire questo tipo di ordinanze e i relativi procedimenti: tanto che – a fronte di sentenze del Consiglio di Stato che sancivano l'inappellabilità dell'ordinanza, stante la sua natura istruttoria^[15] – si è gradualmente manifestato un orientamento meno rigido – a dir così, casistico – per il quale la natura dell'ordinanza (e dunque la sua appellabilità) muterebbe a seconda del suo concreto contenuto^[16], in particolare a seconda che il Giudice operi (o meno) un vaglio sull'effettiva rilevanza dei documenti per il giudizio in corso.

L'Adunanza plenaria sceglie di scartare quest'ultimo indirizzo, fonte di eccessive incertezze («la natura decisoria o meno di un provvedimento giudiziale va stabilita sulla base di criteri normativi», si legge nella sentenza in commento). E, come anticipato, di attribuire all'ordinanza *ex art. 116, co. 2, c.p.a.*, natura decisoria.

Oltre al dato storico di cui s'è appena dato conto, che considera tanto il diritto processuale quanto quello sostanziale, la Plenaria si avvale di ragioni interpretative della disposizione codicistica per giungere alle sue conclusioni.

Anzitutto, la richiesta di accesso è collocata nell'alveo dell'art. 116 c.p.a. che, come detto, concerne il giudizio a fronte del diniego d'accesso: se avverso il diniego (espresso o tacito) può esser proposto ricorso, da decidersi con sentenza; e se quello stesso ricorso («*il ricorso di cui al comma 1*», sancisce la disposizione) può essere presentato in forma di richiesta nell'ambito di un giudizio già instaurato per ragioni di economia processuale; allora – anche quando presentato in forma di richiesta – esso dev'essere deciso con provvedimento impugnabile analogo alla sentenza.

A ciò si aggiunga che la richiesta non dev'essere solo depositata nella segreteria del Tar – come le altre richieste istruttorie – ma dev'essere anche *notificata* all'Amministrazione e agli eventuali controinteressati (non necessariamente coincidenti con le parti già evocate in giudizio), esattamente come un ricorso. Dato essenziale: l'istanza è rivolta *non* al Giudice, *bensì* all'Amministrazione. Ciò la rende intrinsecamente differente dalle altre richieste presentate in giudizio (da ritenersi effettivamente istruttorie) e la avvicina di molto a un'istanza procedimentale, della quale è data notizia in giudizio, e il cui esito è giustiziabile.

Questo crinale della distinzione tra piano sostanziale e processuale separa, dunque, l'accesso ai documenti amministrativi dall'acquisizione probatoria al giudizio. È qui che la Plenaria fa ricorso a un suo precedente – la sentenza n. 19/2020 – nel quale i due istituti sono nettamente separati.

Per il Giudice amministrativo del 2020, a differenza dell'accesso difensivo ai documenti, «gli strumenti di acquisizione probatoria [...] si muovono esclusivamente sul piano e all'interno del processo; sono assoggettati alla prudente valutazione del giudice; eventuali rigetti non sono autonomamente impugnabili o ricorribili, potendo gli eventuali vizi dell'istruttoria rilevare come motivi di impugnazione della sentenza. Di conseguenza, il naturale corollario è che l'eventuale rigetto dell'istanza di esibizione di un documento della pubblica amministrazione [...] non si pone in contrasto, né elude la *ratio legis* contenuta negli artt. 22 e ss. l. n. 241/1990, poiché le due disposizioni operano su un piano diverso, avendo la legge n. 241/1990 assunto l'interesse del privato all'accesso ai documenti come interesse sostanziale, mentre l'acquisizione documentale [...] costituisce esercizio di un potere processuale e l'acquisizione del documento resta pur sempre subordinata alla valutazione della rilevanza dello stesso, ai fini della decisione, da parte del giudice al quale spetta di pronunciarsi sulla richiesta istruttoria [...]»^[17].

Se allora la richiesta di accesso *ex art. 116, co. 2, c.p.a.* è – di fatto – rispondente ai criteri di cui agli artt. 22 ss., l. n. 241/1990 e non può qualificarsi come mezzo istruttorio, in merito alla stessa il Giudice deve potersi pronunciare con provvedimento impugnabile.

Ciò anche per il più ampio principio costituzionale che assicura il diritto di difesa *ex artt. 24 e 113 Cost.* non soltanto del richiedente, ma anche dei controinteressati e della stessa p.A., qualora nel corso del processo sia emessa una ordinanza che accolga il ricorso *ex art. 116, comma 2, c.p.a.* e consenta l'ostensione dei documenti richiesti. Rispetto a quel provvedimento dev'esser garantita reazione sia da parte della p.A., sia dei controinteressati.

Il richiamo costituzionale della Plenaria si estende, infine, all'art. 125 Cost., ritenuto espressivo del principio del doppio grado di giudizio, come risultante dalla storica interpretazione offertane della stessa Plenaria nel 1978^[18]: vero è che i provvedimenti espressamente appellabili sono le sentenze adottate dai Tribunali amministrativi regionali (artt. 91 e 100 c.p.a.) e le ordinanze cautelari adottate dai medesimi Tribunali (art. 62 c.p.a.); tuttavia, accanto a questi devono considerarsi le decisioni *implicitamente* appellabili, ovvero quelle che, a prescindere dalla forma e dal *nomen*, hanno un contenuto decisorio idoneo a incidere su situazioni giuridiche e suscettibili di passare in giudicato ovvero di risolvere «in contraddittorio tra le parti una specifica controversia»^[19].

3. Questioni collaterali: la «connessione» dei documenti oggetto della richiesta al giudizio in corso.

Ora, l'impianto decisorio della Plenaria è indubbiamente chiaro e approda a una soluzione condivisibile perché ampliativa della tutela delle parti nel processo, così costituendo ancora attuazione del principio di effettività della tutela, garantito dall'art. 113 Cost. e dall'art. 1 c.p.a.

Le ragioni che inducono a preferire la natura decisoria dell'ordinanza sull'accesso rispetto a quella istruttoria sono tuttavia le medesime sulle quali è opportuno riflettere.

Si è detto che – sia in ragione di un criterio interpretativo storico, sia sistematico, sia puramente letterale dell'art. 116, co. 2, c.p.a. – quell'ordinanza contiene sempre determinazioni decisorie, come tali appellabili.

Ciò implica che il Giudice, quando decide sull'istanza di accesso formulata in giudizio, debba applicare il diritto sostanziale, e dunque debba verificare (soltanto) se sussistono i presupposti di cui agli artt. 22 ss., l. n. 241/1990: all'istanza si applica il diritto procedimentale in materia di accesso.

Affinché questo assunto sia sostenibile, deve venire in ombra il requisito della rilevanza della documentazione richiesta ai fini del giudizio: invero, per il diritto sostanziale, l'accesso documentale difensivo si sottrae a una previa «ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990»^[20].

Il dato testuale dev'essere dunque interpretato. L'art. 116, co. 2, c.p.a. parla di richiesta di accesso «connessa» al giudizio in corso; questo requisito della connessione – e dunque del vaglio sulla rilevanza dei documenti per il giudizio instaurato – è stato valorizzato dall'orientamento che ha ritenuto la natura puramente istruttoria dell'ordinanza: secondo il quale, poiché il Giudice non deve guardare alla disciplina procedimentale dell'accesso, bensì alla rilevanza dei documenti ai fini della risoluzione della controversia, la richiesta *ex* art. 116,

co. 2, c.p.a. sarebbe assimilabile a un mezzo istruttorio (una sorta di acquisizione probatoria, quindi).

Il Consesso in *plenum* diluisce, invece, il concetto di «connessione», riferendolo a una «strumentalità in senso ampio, in quanto la valutazione che deve essere effettuata dal giudice non è soltanto volta a verificare la possibile rilevanza del documento per la definizione del giudizio, ma può servire anche per risolvere in via stragiudiziale la controversia, per proporre una nuova impugnazione ovvero ancora una diversa domanda di tutela innanzi ad altra autorità giudiziaria»^[21].

Come a dire: anche nella richiesta *ex art.* 116, co. 2, c.p.a. si deve guardare *non* alla stretta strumentalità alla conclusione del giudizio, bensì a una “più ampia” strumentalità che guarda – però – più che al processo, alla situazione sostanziale del richiedente. Così rischiando, però, di confondere il piano delle situazioni sostanziali con quello del processo.

Secondo la Plenaria, questa idea più ampia di «connessione» giustifica anche il fatto che l’art. 116, co. 2, c.p.a. consente al Giudice di non decidere in ordine all’istanza di accesso con ordinanza, ma di deciderla con la sentenza che definisce il giudizio: come statuito dal Consesso, il Giudice potrebbe infatti non ritenere necessaria la documentazione ai fini della definizione del giudizio e dunque rinviare la decisione incidentale sull’accesso al momento di adozione della sentenza.

Questa lettura non sembrerebbe scevra da contraddizioni: se la richiesta d’accesso è sottoposta alla disciplina sostanziale (e dunque non va considerata come acquisizione probatoria nel processo); se la valutazione sulla connessione è talmente ampia da escludere soltanto i documenti che – marcatamente – nulla hanno a che vedere col giudizio in corso; allora diventa meno agevole qualificare il potere del Giudice di differire l’accesso al momento della sentenza che conclude il giudizio, perché il suo esercizio implica una valutazione – più puntuale – circa la necessità della documentazione ai fini proprio di quella definizione del giudizio.

La costruzione, dunque, parrebbe restituire un potere – quello valutativo del Giudice circa la «connessione» dei documenti al giudizio – dai confini piuttosto incerti: che può giocarsi sul crinale oppositivo “inclusione/esclusione”.

Vale a dire che potrebbero avverarsi con la medesima plausibilità due scenari opposti.

Il primo, includente: se i documenti richiesti non devono essere necessariamente pregiudiziali per la decisione finale (ma, appunto, basta che siano «connessi» alla controversia per cui è causa), il Giudice ne ingiunge l’ostensione già in ordinanza, applica la l. n. 241/1990 e quindi estende la tutela del richiedente.

Il secondo, escludente: dato lo stesso presupposto, la semplice «connessione» al giudizio e la non stretta strumentalità alla decisione, il Giudice può anche differire la decisione rinviandola alla sentenza, così però non garantendo la tutela del diritto d’accesso del richiedente.

Potrebbe essere opportuno, pertanto, che il potere valutativo del Giudice circa la «connessione» della documentazione al giudizio in corso – mantenendosi sulla sua

strumentalità in senso ampio – sia esercitato già nell’ordinanza sulla richiesta *ex art.* 116, co. 2, c.p.a., in modo da differire il meno possibile la tutela del richiedente, rendendola effettiva.

4. Effettività della tutela, doppio grado di giudizio e principio di legalità processuale.

La sentenza dell’Adunanza plenaria in commento si presta a qualche riflessione, in cenno conclusivo, di più ampio respiro.

L’impressione che se ne trae leggendola è che la base fondativa su cui essa poggia, ovvero la dicotomia tra natura istruttoria e decisoria dell’ordinanza *ex art.* 116, co. 2, c.p.a., sia in realtà un – efficace – espediente argomentativo per ampliare la tutela giurisdizionale e consentire l’appellabilità di un provvedimento la cui impugnativa non è espressamente contemplata dalle disposizioni codicistiche.

Ciò è viepiù evidente laddove si legga l’ordinanza di rimessione, la quale – nel tratteggiare il quadro giurisprudenziale e nell’aderire espressamente all’indirizzo che esclude l’appellabilità dell’ordinanza^[22] – tocca temi processuali più generali.

Anzitutto, il rapporto tra la richiesta *ex art.* 116, co. 2, c.p.a. e le istanze istruttorie – in particolare e la richiesta di documenti che la parte può rivolgere direttamente al giudice (art. 64, co. 3)^[23] – che confluiscono nel processo e che sono decise (anch’esse) con ordinanza, la quale però non è impugnabile bensì revocabile o modificabile dallo stesso Giudice che l’ha pronunciata.

La questione emerge perché – al di là della qualificazione formale come “istruttoria” – la richiesta *ex art.* 116, co. 2, al pari della richiesta *ex art.* 64, co. 3, comporta l’esibizione di atti e documenti che sono correlati al processo in corso e che contengono dati: probabilmente nel primo caso vi dev’essere solo la «connessione» al giudizio, mentre nel secondo vi dev’essere uno stretto rapporto di strumentalità alla decisione, ma – poiché la scelta del mezzo è operata dalla parte che lo richiede – ciò comporterebbe che sia la stessa parte richiedente, a qualificare il grado di connessione con il giudizio.

Secondo tema generale: il rapporto tra giudice di primo grado e giudice d’appello. Ammettere l’appellabilità dell’ordinanza *ex art.* 116, co. 2, c.p.a., non soltanto limita l’autonomia del primo, nella sua istruttoria processuale e nella conduzione del giudizio, ma rischia soprattutto di creare rallentamenti nella macchina giurisdizionale: sia perché una impugnazione potrebbe rivelarsi superflua, laddove superata da una sentenza comunque favorevole; sia perché l’ordinanza, sebbene non impugnabile, non solo è – come detto – modificabile e revocabile ma consente comunque un contraddittorio, pur differito alla impugnazione della eventuale sentenza da parte del soccombente nel merito.

Infine, il tema della esecuzione coattiva dell’ordinanza *ex art.* 116, co. 2, c.p.a.: laddove considerata provvedimento decisivo, la sua attuazione dovrebbe esser garantita anche tramite il rimedio dell’ottemperanza; viceversa, la sua mancata esecuzione da parte della p.A. dovrebbe esser valutata dal Giudice come argomento di prova (art. 64, co. 4, c.p.a.)^[24].

L'Adunanza plenaria tace sulle questioni prospettate dalla Sezione rimettente, focalizzandosi strettamente sul tema della natura dell'ordinanza e offrendo una triplice – storica, letterale, sistematica – interpretazione dell'art. 116, co. 2, alla luce del principio costituzionale del doppio grado di giudizio di cui all'art. 125 Cost.

Il principio – che ha avuto un non univoco riconoscimento dalla dottrina^[25] e dalla giurisprudenza costituzionale^[26] – è apparso in particolare poco afferente alla funzione giurisdizionale, essendo riferibile, specialmente per la sua collocazione sistematica in Costituzione, più alla costruzione amministrativa del sistema ordinamentale italiano, implicando un riequilibrio tra centro e periferia tramite l'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali^[27].

Esso è comunque utile, nella lettura fornita dalla Plenaria^[28], all'ampliamento della tutela, sebbene questo esito non si confronti con un altro principio costituzionale: quello della legalità processuale di cui all'art. 111 Cost., per il quale il giusto processo è «regolato dalla legge».

Siamo, cioè, di fronte alla introduzione per via pretoria di una nuova regola processuale – ovvero l'appellabilità di una ordinanza non tipizzata dalla disposizione quale provvedimento autonomamente impugnabile – e dunque all'ampliamento dello strumento dell'appello. L'ordinanza rientrerebbe tra i provvedimenti «implicitamente» impugnabili perché avente contenuto decisorio: sebbene anche la decisorietà del contenuto sia stata determinata per via pretoria.

La chiave di lettura sta, forse più fermamente, nell'art. 24 Cost., giustamente richiamato dalla Plenaria: «è necessario assicurare il diritto di difesa (artt. 24 e 113 Cost.; art. 1 cod. proc. amm.) dei controinteressati e della stessa pubblica amministrazione, qualora nel corso del processo sia emessa una ordinanza che accolga il ricorso *ex* art. 116, comma 2, cod. proc. amm. e consenta l'ostensione dei documenti richiesti. Se non si permettesse, infatti, l'immediata appellabilità si potrebbe determinare, a seguito dell'ordine di esibizione e del conseguente obbligo della sua esecuzione, un pregiudizio irreversibile per il diritto alla riservatezza privata dei controinteressati e per le prerogative pubbliche dell'autorità che detiene i documenti. Si tenga conto, inoltre, che, potendo la pubblica amministrazione e i controinteressati non coincidere con le parti del processo principale, se non si assegnasse valenza decisoria all'ordinanza le suddette parti oltre a subire il pregiudizio sopra indicato potrebbero anche non essere legittimate a proporre impugnazione autonoma avverso la sentenza che definisce la controversia».

Il riferimento al principio costituzionale della difesa in giudizio fornisce, a parer di chi scrive, la più condivisibile lettura costituzionalmente orientata per garantire un ampliamento della tutela: ciò non tanto per la necessità di applicare meccanicamente il doppio grado di giudizio – stante il fatto che, lo si ripete, anche l'ostensione dei documenti oggetto di richiesta probatoria può comportare un potenziale pregiudizio, pertanto qualunque atto di primo grado dovrebbe così esser soggetto a una impugnativa autonoma in secondo grado – bensì per assicurare la difesa non soltanto del richiedente che si veda negare l'accesso; ma anche del controinteressato laddove l'accesso sia consentito, il quale soprattutto – in difetto d'autonoma impugnabilità – resterebbe sguarnito di protezione dinanzi al Giudice.

E questo risultato è raggiunto dalla Plenaria tramite un'attività interpretativa che va oltre il dettato normativo^[29], arricchendolo guardando alla effettività della tutela: si conferma, insomma, la forza del formante pretorio amministrativo, che dice lo *jus* integrando le disposizioni, stavolta quelle regolatrici del processo.

^[29] Delib. Consob 10 dicembre 2020, n. 21621, resa esecutiva con D.P.C.M. del 18 marzo 2021, a sua volta modificato con delibera n. 22313 del 27 aprile 2022, resa esecutiva con D.P.C.M. del 18 maggio 2022, in https://www.consob.it/documents/1912911/1950567/reg_consob_2020_21621.pdf/c94d5a3e-435a-a516-f8ca-8da8571d8840.

^[30] In particolare dall'art. 23 della medesima legge, rubricato «Avvocati degli enti pubblici», il quale prevede che agli avvocati degli enti pubblici debba essere assicurato «un trattamento economico adeguato alla funzione professionale svolta».

^[31] Secondo il quale il diritto di accesso è escluso «nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione».

^[32] Tar Lazio, II-*quater*, ord. 15 luglio 2022, n. 10022.

^[33] Nel merito, il Tar rileva che il diniego d'accesso difetta di legittima motivazione: quand'anche si volesse attribuire natura normativa alla delibera di approvazione del regolamento del personale, bisognerebbe comunque riconoscere la prevalenza dell'interesse sotteso all'accesso difensivo rispetto agli interessi posti a base di quella esclusione, fondandosi detta prevalenza sul comma 7 dell'art. 24, in ossequio al quale «[d]eve *comunque* essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici» (corsivo nostro).

Sul punto, peraltro, v. Cons. Stato, Ad. plen., 25 settembre 2020, n. 19: «L'utilizzo dell'avverbio "*comunque*" denota la volontà del legislatore di non 'appiattare' l'istituto dell'accesso amministrativo sulla sola prospettiva della partecipazione, dell'imparzialità e della trasparenza, e corrobora la tesi che esistano, 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 cd. difensivo) può addirittura operare quale eccezione al catalogo di esclusioni previste per l'altra (e cioè, l'accesso partecipativo), salvi gli opportuni temperamenti in sede di bilanciamento in concreto dei contrapposti interessi (v. Cons. Stato, Sez. VI, ord. 7 febbraio 2014, n. 600).

[...] La logica difensiva è costruita intorno al principio dell'accessibilità dei documenti amministrativi per esigenze di tutela e si traduce in un onere aggravato sul piano probatorio, nel senso che grava sulla parte interessata l'onere di dimostrare che il documento al quale intende accedere è *necessario* (o, addirittura, strettamente indispensabile se concerne dati sensibili o giudiziari) per la cura o la difesa dei propri interessi.

La tecnica legislativa utilizzata nel comma 7, rispetto ai precedenti commi del medesimo art. 24, avvalorata la tesi che questo aggravamento probatorio in tanto si giustifica, proprio in quanto si fuoriesce dalla stretta logica partecipativa e di trasparenza, per entrare in quella, diversa, difensiva» (pt. 9.1).

^[34] Cons. Stato, VI, ord. 9 settembre 2022, n. 4444: «il principale motivo opposto dalla Consob alla richiesta di accesso, incentrato sulla natura normativa, ovvero regolamentare, dell'attività posta in essere, e quindi sulla previsione (in tesi escludente) di cui all'art. 24, comma 1, lett. c, della l. 241/1990, appare revocabile in dubbio, per (almeno) due ragioni:

- sia perché nel riferirsi all'attività "diretta all'emanazione di atti normativi", la disposizione di legge parrebbe prevedere piuttosto un differimento dell'accesso, ovvero una causa di esclusione temporanea, destinata a venire meno una volta che tale attività sia conclusa e l'atto sia stato formato;

- sia perché la tesi seguita dal Giudice di primo grado, nel senso che l'accesso difensivo di cui all'art. 24, comma 7, avrebbe carattere "*comunque*" preminente, appare persuasiva».

Ciò nondimeno, secondo la Sezione, «in questa sede, valutati anche comparativamente i contrapposti interessi, per quanto sinora osservato la domanda cautelare dell'Avvocatura è fondata e può essere accolta solo limitatamente alla richiesta di accesso al parere dell'Avvocatura stessa, il cui documento non può quindi essere osteso ai ricorrenti in primo grado».

^[1] Stante il fatto che, come anche riferito nell'ordinanza cautelare già citata, «è controversa tra le parti, in rito, la questione dell'appellabilità dell'ordinanza del Tar, anche al cospetto di indirizzi giurisprudenziali al riguardo (da sempre) divergenti, questione che giustifica la sua rimessione dell'Adunanza plenaria, come da separata ordinanza», la VI Sezione fa rinvio alla Plenaria con ordinanza n. 8367 del 28 settembre 2022.

^[2] La stessa ordinanza di rimessione – Cons. Stato, VI, n. 8367/2022, cit. – lega la natura dell'ordinanza alla sua sorte processuale: «Tale questione [la natura decisoria o istruttoria dell'ordinanza, n.d.r.], sulla quale la giurisprudenza diverge, si riflette peraltro non solo sull'appellabilità o meno dell'ordinanza ma, anche, conseguentemente, sulle modalità della sua esecuzione e, in particolare, nell'ipotesi in cui l'amministrazione non si conformi spontaneamente, sulla possibilità, per gli interessati, di attivare i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza» (pt. 5).

^[3] L. Iannotta, *I rapporti tra accesso tradizionale ed accesso civico generalizzato: la riqualificazione dell'istanza di accesso in corso di giudizio*, in *Foro amm.*, n. 7-8/2020, pp. 1373 ss.: «Tale rito presenta i caratteri di un giudizio di accertamento, come si evince dallo stesso art. 116 c.p.a. nella parte in cui afferma che il giudice, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti. Il rito ha ad oggetto il rapporto amministrativo, disponendo il giudice di ampi e penetranti poteri di cognizione ed essendo direttamente chiamato a valutare, alla luce dei parametri normativi, se sussistono i presupposti per l'ostensione degli atti richiesti».

^[4] Ripercorrendo sinteticamente l'art. 116, c.p.a., «1. Contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi [...] il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio [...]. 4. Il giudice decide con sentenza in forma semplificata; sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità. 5. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai giudizi di impugnazione».

^[5] Art. 116, co. 2, c.p.a.: «In pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1 può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio».

^[6] A. Travi, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, p. 364.

^[7] L'art. 25, co. 5, l. n. 241/1990, nella versione risultante dopo la riforma attuata con l. n. 15/2005, prevedeva: «Contro le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso e nei casi previsti dal comma 4 è dato ricorso, nel termine di trenta giorni, al tribunale amministrativo regionale, il quale decide in camera di consiglio entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne abbiano fatto richiesta. In pendenza di un ricorso presentato ai sensi della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, il ricorso può essere proposto con istanza presentata al presidente e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso, previa notifica all'amministrazione o ai controinteressati, e viene deciso con *ordinanza istruttoria* adottata in camera di consiglio. La decisione del tribunale è appellabile, entro trenta giorni dalla notifica della stessa, al Consiglio di Stato, il quale decide con le medesime modalità e negli stessi termini» (corsivo nostro).

^[8] L'art. 21, co. 1, l. n. 1034/1971 (l. Tar), per effetto delle modifiche apportate dalla l. 205/2000, qualificava espressamente tale ordinanza come istruttoria, stabilendo che «il ricorso può essere proposto con istanza presentata al presidente e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso, previa notifica all'amministrazione o ai controinteressati, e viene deciso con ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio».

^[9] Cons. Stato, VI, n. 403/2002, citata da Tar Lazio, ord. n. 8367/2022, cit.

^[10] Cons. Stato, VI, n. 1629/2004: «se è vero che la impugnativa avverso le determinazioni concernenti il diritto di accesso, proposta con istanza al Presidente del TAR ai sensi dell'art. 1 L. n. 205 dovrebbe essere decisa con "ordinanza" come testualmente previsto dal citato art. 1, nondimeno si deve convenire che ogni qualvolta la pronuncia del Tribunale, senza nemmeno passare all'esame della pertinenza della documentazione richiesta (in relazione all'oggetto del giudizio pendente), ne escluda la accessibilità sulla sola base della ritenuta carenza dei presupposti stabiliti dalla disciplina generale ex artt. 22 e segg. L. n. 241/1990, allora la pronuncia stessa assume una connotazione decisoria e come tale è suscettibile di essere appellata (in tal senso cfr. la decisione della Sezione 10 febbraio 2002, n. 5450)». Indirizzo peraltro anche recentemente ripreso da Cons. Stato, VI, 14 agosto 2020, n. 5036; Cons. Stato, III, 7 ottobre 2020, n. 5944; Cons. Stato, IV, 27 ottobre 2011, n. 5765; Cons. Stato, III, 25 giugno 2010, n. 4068.

^[17] Cons. Stato, Ad. plen., n. 19/2020, cit., pt. 9.3.1, che così prosegue: «Occorre in altri termini tenere distinti, da un lato, la pretesa all'ostensione del documento nei confronti della pubblica amministrazione, intesa quale protezione accordata all'interesse sostanziale alla conoscenza e, dall'altro lato, il diritto alla prova, inteso come protezione dell'interesse processuale della parte alla rappresentazione in giudizio, attraverso un determinato documento, dei fatti costitutivi della domanda, subordinato alla duplice valutazione giudiziale della concluzione e della rilevanza dello specifico mezzo di prova (v. Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 1995, n. 158)».

^[18] Ci si riferisce alla sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 20 gennaio 1978, n. 1, nella quale si sancì l'appellabilità delle ordinanze cautelari, con commento di F. Satta in Foro It., vol. 101, 1978, pp. 1/2 - 7/8.

^[19] Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/1978, cit.

^[20] Così il Tar Lazio nella sua ordinanza sull'accesso, la n. 10022/2022 già citata. L'assenza di valutazioni circa l'afferenza dei documenti al giudizio instaurato parrebbe condivisa anche dal Consiglio di Stato, il quale, in sede di appello della Consob con domanda cautelare, lo accoglie solo in parte, escludendo il parere dell'Avvocatura per ragioni normative (d.p.c.m. 26 gennaio 1996, n. 200, il cui art. 2 prescrive il segreto per determinati atti dell'Avvocatura, tra cui anche i «pareri resi in relazione a lite in potenza o in atto e la inerente corrispondenza»).

^[21] Cons. Stato, Ad. plen., n. 4/2023 in commento.

^[22] Così la VI Sezione motiva il suo orientamento: «Sebbene le particolari modalità di presentazione dell'istanza, che come visto va notificata alle altre parti (e che peraltro potrebbero anche non coincidere del tutto con quelle del giudizio principale), possano indurre a ritenere che con essa si apra una fase autonoma del giudizio suscettibile di concludersi con una pronuncia avente carattere decisorio, preminenti appaiono sul piano sistematico le considerazioni già ricordate. In particolare la richiesta connessione tra l'istanza di accesso e il giudizio già in corso, che ne suggerisce pur sempre la strumentalità, e, più in generale, anche per ragioni di economia, l'esigenza di non differenziare troppo, nel trattamento processuale, questo tipo di istanza da quelle altre istanze o domande, pacificamente di carattere istruttorio, con le quali è richiesta nel giudizio l'ammissione di mezzi di prova o di ricerca della prova e il cui esito, per quanto spesso potenzialmente in grado di ipotecare la sorte del giudizio persino in misura maggiore, non è autonomamente ed immediatamente appellabile» (pt. 8).

^[23] Che recita: «Il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione».

^[24] Secondo il quale «Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo».

^[25] Cfr. l'accurata ricostruzione di G. Serges, *Doppio grado di giurisdizione (diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., 2017, Torino, pp. 297 ss.

^[26] Corte Cost., 22 giugno 1963, n. 110 e poi 15 aprile 1981, n. 62, nelle quali si afferma che l'art. 125 Cost. assicura la tutela in ogni stato e grado del processo ma «non garantisce la parte contro la soppressione di un grado»; v. inoltre Corte Cost., 31 marzo 1998, n. 395, nella quale il principio del doppio grado di giudizio è costruito nel senso che impedisce che il Tar sia giudice di unico grado.

^[27] In questo senso, U. Pototschnig, A. Travi, *Appello (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, 1999, Milano, pp. 151 ss.

^[28] In linea con Ad. plen., n. 1/1978, cit., in tema di ordinanze cautelari. Per una efficace ricostruzione del principio del doppio grado di giudizio, in senso critico, v. A. De Siano, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, in *Federalismi.it*, n. 1/2020. Dello stesso A., sul tema del potere giurisdizionale che muta sotto il medesimo formante giurisprudenziale, v. *Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei poteri del G.A. Torsioni del processo amministrativo in nome della giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2020, pp. 59 ss.

^[29] Sulla pervasività del potere giurisdizionale rispetto alla norma di legge, in chiave metodologica, v. da ultimo P.L. Portaluri, *Di poeti, giudici e sirene. Cantiunculae supra methodum*, in *Dir. amm.*, n. 4/2022, pp. 915 ss.; il tema è oggetto anche del recentissimo volume di F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, maggio – giugno 2023

Il difficile punto di equilibrio tra l'effettività della tutela giurisdizionale e l'inesauribilità del potere amministrativo (nota a T.A.R. Abruzzo - Pescara, 1 marzo 2023 n. 107).

di Rocco Parisi

Sommario: 1. Premessa; 2. La vicenda contenziosa; 3. La decisione del Tar; 4. Primi spunti critici sul *decisum*; 5. Giudicato e riedizione del potere: tra effettività della tutela ed inesauribilità del potere amministrativo; 6. Le tesi sul tappeto: la limitazione della preclusione al solo dedotto; 7. Segue: le preclusioni procedurali ed il «*one shot* puro»; 8. Segue: l'ipotesi del «*one shot* temperato»; 9. Riflessioni conclusive sulle possibili evoluzioni del «*one shot* temperato».

1. Premessa

La sentenza in oggetto affronta, ancora una volta, il tema della riedizione del potere a seguito di un giudicato di annullamento, offrendo l'occasione per alcuni spunti di riflessione^[1].

La sentenza, muovendo dai più recenti approdi giurisprudenziali, aderisce al principio del «*one shot* temperato», secondo cui l'Amministrazione che abbia subito l'annullamento di un proprio atto ha il potere di rinnovarlo, ma per una sola volta, dovendo riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritenga rilevanti, senza poter in seguito tornare a decidere sfavorevolmente, per una terza volta, neppure in relazione a profili non ancora esaminati (CGA, 597/2022; Cons. St., 2378/2020; Cons. St. 3480/2022).

2. La vicenda contenziosa

Nell'ambito di una procedura di affidamento ad evidenza pubblica, l'unica impresa partecipante viene esclusa dalla gara, in ragione della presunta carenza di alcuni dei requisiti di ammissione richiesti dal bando e di talune carenze nelle dichiarazioni relative alla documentazione amministrativa.

Impugnata dinanzi al Tar Pescara detta esclusione, questo la annulla (con sentenza n. 435/2021), sulla scorta delle riscontrate lacunosità della *lex specialis*, disponendo espressamente non l'ammissione dell'impresa ricorrente alla procedura, come dalla stessa invocato in via principale, bensì la necessaria attivazione del soccorso istruttorio^[2], ai sensi dell'art. 83 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 e del disciplinare di gara, in accoglimento del relativo motivo di ricorso, formulato in via subordinata. Il Tar, nella pronuncia in parola (poi passata in giudicato), si allinea a quella recente giurisprudenza, secondo la quale «di fronte ad una vistosa ambiguità o indeterminatezza nel disciplinare di gara è non solo legittimo, ma anzi doveroso il soccorso istruttorio per consentire alle concorrenti di dimostrare l'esistenza dei requisiti, esistenti al momento dell'offerta, e non emergenti dalla documentazione depositata solo per una imprecisione o incertezza nella formulazione del disciplinare, e il grave vulnus della par condicio, oltre che dello stesso corretto e imparziale agire della pubblica amministrazione, si sarebbe realizzato, al contrario, se questa non avesse irragionevolmente e formalisticamente esercitato il suo potere-dovere di soccorso istruttorio» (Cons. St., 4103/2020).

In dichiarata esecuzione del giudicato, la stazione appaltante attiva il soccorso istruttorio nei confronti dell'impresa concorrente, estendendone però l'ambito oggettivo rispetto a quanto disposto dal Tar e giungendo ad escluderla nuovamente per ragioni differenti da quelle poste a base della sua prima esclusione e relative alla riscontrata carenza, all'esito della nuova istruttoria in soccorso, di ulteriori requisiti previsti dalla *lex specialis*.

L'impresa insorge avverso la sua seconda esclusione, proponendo, a distanza di oltre trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento espulsivo, ricorso per l'ottemperanza della sentenza n. 435/2021, ai sensi dell'art. 112 c.p.a., instando per la declaratoria di nullità della gravata esclusione per violazione del giudicato.

In estrema sintesi, l'impresa contesta l'estensione dell'ambito oggettivo del soccorso istruttorio, avendo l'Amministrazione richiesto, solo in sede di riedizione del potere, la comprova di ulteriori requisiti rispetto a quelli oggetto del primo giudizio e la cui presunta carenza aveva condotto alla prima esclusione (annullata dal Tar).

Nel giudizio *a quo*, peraltro, lo stesso Tar aveva ritenuto inammissibile l'integrazione postuma della motivazione della prima esclusione, posta in essere dall'Amministrazione in corso di causa, ed incentrata proprio su quegli ulteriori requisiti, la cui carenza ha poi condotto alla seconda esclusione.

Con la sentenza qui annotata, il Tar, qualificando l'azione proposta come non propriamente attinente all'esecuzione del giudicato bensì al prosieguo dell'azione amministrativa, e tenuto conto che in caso di cumulo di domande soggette a riti diversi trova applicazione quello ordinario, dispone anzitutto la conversione del rito, ai sensi dell'art. 32, comma 2, c.p.a., da rito di ottemperanza a rito ordinario. Conseguentemente, rilevato che il ricorso avverso l'esclusione dalla procedura di gara è stato proposto oltre il termine decadenziale di trenta giorni, previsto dall'art. 120, comma 2, c.p.a., ne rileva la tardività, rigettandolo per irricevibilità.

3. La decisione del Tar

Il Tar ritiene anzitutto insussistenti i presupposti per proporre il ricorso per l'ottemperanza, atteso che dal giudicato di annullamento non sarebbe disceso un vincolo così stringente per l'Amministrazione da vincolare in modo anticipato ed unidirezionale il successivo sviluppo dell'azione amministrativa. L'effetto conformativo del giudicato, nel caso di specie, non avrebbe potuto comportare, in via diretta, l'ammissione alla gara dell'impresa ricorrente, bensì esclusivamente la regressione del procedimento allo stadio istruttorio, in cui non era ancora conclusa la fase della sua definitiva ammissione.

Il soccorso istruttorio attivato nei confronti della concorrente ben avrebbe potuto riguardare profili differenti ed ulteriori rispetto a quelli esaminati nel giudizio *a quo*, potendosi quindi giungere ad una nuova esclusione, anche in ragione di tali differenti profili.

Tale rinnovata esclusione non sarebbe affetta da nullità per violazione ed elusione del giudicato, non essendo impedito all'Amministrazione, pur a fronte del giudicato di annullamento, di adottare un nuovo provvedimento espulsivo per ragioni differenti dal primo, come avvenuto nella fattispecie.

Il Tar aderisce dichiaratamente al principio del «*one shot temperato*», osservando che «il giudicato di annullamento non preclude in sede di *remand* all'amministrazione il potere di riesaminare *funditus* la questione, configurandosi un siffatto effetto preclusivo solo per l'avvenire, ossia per una terza e per le volte successive, onde evitare la reiterazione di decisioni negative a cascata sulla base di ragioni ostative che potevano essere opposte sin dal primo riesame».

Ed è qui che si rinviene quel punto di equilibrio tra le due opposte esigenze della garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva, da un lato, e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi, dall'altro.

Il Tar afferma che nel caso di specie, anche a voler ritenere applicabile il principio del «*one shot puro*» (di recente introdotto nell'ordinamento dall'art. 10 *bis* L. 241/1990 come modificato dal D.L. 76/2020, sia pure con esclusione delle procedure concorsuali, come quella in esame), comunque non sussisterebbe alcuna preclusione discendente dal giudicato,

dal momento che i nuovi motivi di esclusione non preesistevano al primo provvedimento impugnato, ma scaturivano dalla successiva rinnovata istruttoria.

In tale fase di riedizione del potere, quindi, l'attività amministrativa non sarebbe coperta dal giudicato, escludendosi di conseguenza la competenza del giudice dell'ottemperanza: avendo l'amministrazione reiterato il provvedimento di esclusione sulla base di motivi nuovi e diversi da quelli posti a fondamento della prima esclusione, sebbene afferenti alla medesima fase istruttoria, le doglianze agitate dall'impresa ricorrente sono considerate suscettibili di sindacato (solamente) in sede di impugnazione con rito ordinario, esulando dal giudizio di ottemperanza.

Per tale ragione, il Tar converte il rito in ordinario e, rilevata la violazione del termine decadenziale per proporre il ricorso, lo rigetta per tardività.

4. Primi spunti critici sul *decisum*

Al di là della questione relativa alla qualificazione della domanda^[3], la sentenza si pronuncia sul rapporto tra effettività ed esercizio del potere.

Una prima notazione critica alla sentenza va rivolta alla parte in cui, pur ritenendo applicabile il principio del «*one shot* temperato», distonicamente prende le mosse da uno dei più rigidi corollari del principio della inesauribilità del potere (frutto – a sua volta – della più rigida concezione della separazione dei poteri), a mente del quale «solo per un numero infinito di volte» dopo ogni annullamento giurisdizionale è impedito all'amministrazione pubblica di esprimersi in modo analogo su una medesima questione.

È evidente l'inattualità di tale impostazione (che lo stesso Tar non segue), la quale, ove estremizzata, lascerebbe del tutto insoddisfatta l'esigenza di una tutela effettiva, ben potendo l'amministrazione riesaminare la vicenda un numero tendenzialmente infinito di volte, reiterando identici provvedimenti sfavorevoli, sulla scorta di differenti valutazioni.

Ciò confligge con la concezione sostanziale dell'interesse legittimo pretensivo e con l'attuale tendenza ordinamentale ad individuare il principale oggetto del sindacato del giudice amministrativo nel rapporto (e non solo nell'atto).

La stessa Ad. Plen. 2/2013, pur ritenendo di non poter aderire all'affermazione del divieto di ogni riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole, indirizzo «che appare contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione e non imposto dalle pur rilevanti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, come attestato dalla disciplina della materia in Paesi dell'Unione europea a noi più vicini (si pensi alla Francia ed alla Germania)», ha comunque subito aggiunto che «la riedizione del potere deve essere assoggettata a precisi limiti e vincoli». Vincoli che rispecchiano il perimetro dell'accertamento definitivo del giudice relativo alla sussistenza di determinati presupposti relativi alla pretesa del ricorrente, pur non potendo proiettarsi «l'effetto vincolante nei

riguardi di tutte le situazioni sopravvenute di riedizione di un potere, ove questo, pur prendendo atto della decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove e non contemplate in precedenza».

Pur ammettendo la possibilità di una differente «valutazione dei fatti», in sede di riedizione del potere, la Plenaria richiama al rispetto dell'obbligo di dare esecuzione ai provvedimenti del giudice, specialmente per la pubblica amministrazione, «in un'ottica di leale ed imparziale esercizio del *munus publicum*, in esecuzione dei principi costituzionali scanditi dall'art. 97 Cost. e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (ove il diritto alla esecuzione della pronuncia del giudice è considerato quale inevitabile e qualificante complemento della tutela offerta dall'ordinamento in sede giurisdizionale)».

La giurisprudenza successiva^[4] ha precisato ulteriormente i principi espressi dalla Plenaria, affermando che l'esigenza di certezza, propria del giudicato, ossia di un assetto consolidato degli interessi coinvolti, non consenta all'amministrazione, quando essa rinnova il potere, di riconsiderare secondo una nuova prospettiva, situazioni che, esplicitamente o implicitamente, hanno formato oggetto di esame da parte del giudice.

La controversia fra l'amministrazione ed il privato deve pur trovare, ad un certo punto, una soluzione definitiva. Sicché, come affermato da un orientamento via via consolidatosi^[5], occorre impedire che l'amministrazione proceda più volte all'emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni del giudicato, ma egualmente sfavorevoli al ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato. Il punto di equilibrio va determinato imponendo all'amministrazione – dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo – di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati.

5. Giudicato e riedizione del potere: tra effettività della tutela ed inesauribilità del potere amministrativo

Com'è noto, il principio di effettività della tutela assume una rilevanza fondamentale, al punto tale da assurgere a vero e proprio presupposto di validità degli stessi ordinamenti giuridici^[6].

Il principio in esame esplicita l'insegnamento chiovendiano per il quale il processo deve attribuire alla parte vittoriosa «tutto quello e proprio quello» che il diritto sostanziale gli riconosce^[7]. In questo senso, l'effettività della tutela rappresenta indice e misura del livello di protezione giuridica che l'ordinamento è in grado di garantire a coloro i quali si rivolgono agli organi di giustizia.

Dunque, l'effettività afferisce all'esigenza che il sistema appronti in favore del privato rimedi processuali idonei a garantire il concreto perseguimento di ciò che è riconosciuto sul piano sostanziale.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, il principio di effettività si è riempito di ulteriore valenza significativa, divenendo il fulcro di tutela delle stesse libertà fondamentali sancite dai costituenti^[8]. In particolare, nell'impianto costituzionale, l'art. 24 rappresenta una norma processuale in bianco, costitutiva di un piano mobile di misure di tutela^[9], utile a consentire la protezione giudiziale di qualsiasi situazione giuridica soggettiva riconosciuta sul piano sostanziale.

A livello sovranazionale, gli articoli 6 e 13 della CEDU attribuiscono un ruolo di prim'ordine al canone di effettività nella gerarchia dei diritti fondamentali, ivi comprendendovi anche il diritto ad ottenere l'esecuzione delle statuizioni giudiziali favorevoli. Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il diritto all'esecuzione dei provvedimenti giudiziali rappresenta la terza grande garanzia del giusto processo, unitamente al diritto all'accesso ad un tribunale indipendente ed imparziale ed al diritto al contraddittorio ed alla parità delle armi in giudizio.

Il diritto d'accesso alla giustizia ed il diritto ad un equo processo sarebbero illusori se l'ordinamento giuridico di uno Stato membro acconsentisse che una decisione definitiva e vincolante restasse inefficace a danno di una parte^[10].

Anche l'ordinamento dell'Unione Europea ha riconosciuto al principio in parola una rilevanza sempre crescente e, sulla scorta delle diverse disposizioni dei Trattati in materia, la Corte di Giustizia è giunta a qualificare il canone di effettività come principio generale di diritto dell'Unione^[11].

Dunque, nell'elaborazione ormai invalsa in ambito sia nazionale che europeo, il principio di effettività della tutela giurisdizionale impone al legislatore di predisporre rimedi processuali idonei a tutelare tutte le situazioni giuridiche soggettive qualificate sul piano sostanziale, di tal guisa che il titolare possa acquisire all'esito del giudizio l'esatta utilità cui ha diritto^[12].

Com'è noto, il tema dell'effettività della tutela si inserisce in maniera tutt'altro che pacifica nell'ambito della giurisdizione amministrativa, in ragione, non solo della discussa attitudine del sistema di giustizia ad incidere in modo significativo sull'esercizio del potere amministrativo^[13], ma anche della fisiologica limitazione oggettiva che incontra il giudicato formatosi all'esito del giudizio amministrativo.

È noto che la dottrina amministrativa, dopo una prima fase di chiusura^[14], ha riconosciuto alla sentenza del giudice amministrativo un contenuto di accertamento, *ex art. 2909 c.c.*, idoneo a dettare una regola conformativa per l'attività amministrativa successiva. Tuttavia, siffatta regola sostanziale, in quanto chiamata a confrontarsi con il potere pubblico autoritativo, è inidonea a delineare in maniera definitiva l'assetto di interessi in gioco, rivelandosi al contrario elastica, condizionata ed incompleta^[15].

In particolare, la sentenza di annullamento, soprattutto ove incida su poteri discrezionali, nel chiudere la questione sulla legittimità del provvedimento impugnato, inerente ad un mero frammento di esercizio del potere, si apre alla sua successiva riedizione, alla quale viene

demandata la concreta definizione dell'assetto degli interessi in gioco, derivandone il rischio di un'esautorazione delle aspettative di tutela della parte già vittoriosa in giudizio.

In effetti, stante l'inidoneità del giudicato di annullamento a statuire anche sul deducibile^[16], non sono affatto infrequenti i casi in cui, pur a seguito della pronuncia demolitoria, l'amministrazione reitera un provvedimento di diniego, analogamente lesivo per l'interesse pretensivo del privato, sulla scorta di motivi nuovi e diversi rispetto a quelli già adottati in precedenza e sottoposti al sindacato giudiziale, sottoponendo il destinatario del (nuovo) provvedimento ad un'estenuante rincorsa impugnatoria avverso le ulteriori (e sempre rinnovate) effusioni di potere pubblico.

Nel quadro così delineato, il giudicato di annullamento si presenta come una parentesi tra il frammento di potere già esercitato (sfociato nel provvedimento impugnato) ed il tratto di azione amministrativa successiva^[17].

Di conseguenza, il canone di effettività della tutela rischierebbe di rimanere lettera vuota qualora si consentisse all'amministrazione di esercitare all'infinito il proprio potere in senso sfavorevole al ricorrente già vittorioso in giudizio, impedendogli di conseguire l'utilità sostanziale anelata. Ed in effetti non è mancato chi ha addirittura dubitato della riferibilità del principio di effettività alla giurisdizione amministrativa, rilevando che «nella normalità dei casi, la pronuncia di annullamento nulla statuirà in ordine alla spettanza del bene oggetto delle pretese del ricorrente»^[18]. Infatti, «se effettività della tutela significa, per precetto costituzionale, adeguatezza della protezione giudiziaria alla natura della situazione giuridica sostanziale, ne discende che il giudizio amministrativo non può esaurirsi nella verifica dell'affermazione del ricorrente circa il potere di annullamento dell'atto [...] Il processo deve tendere, quanto più è possibile, alla cognizione e statuizione autoritativa su ciò che spetta al privato e ciò che non gli spetta»^[19].

6. Le tesi sul tappeto: la limitazione della preclusione al solo dedotto

Come nel caso annotato, le maggiori criticità, soprattutto in giurisprudenza, si sono riscontrate nella puntuale definizione del perimetro oggettivo del giudicato e dei suoi effetti conformativi.

In passato, i giudici amministrativi hanno sovente optato per una maggiore salvaguardia della sfera di autonomia amministrativa (nel rispetto del principio di separazione dei poteri), minando la stabilità del giudicato. In tal senso, è stato sostenuto che a seguito di una pronuncia di annullamento l'amministrazione può, non solo reiterare il provvedimento sfavorevole sulla scorta di motivi preesistenti non sindacati dal primo giudice, ma addirittura riesaminare quelle stesse circostanze già coperte dalla sentenza.

L'Adunanza Plenaria 2/2013, invece, ha chiaramente affermato che, pur potendo l'amministrazione valutare differentemente, in base ad una nuova prospettazione, situazioni che, esplicitamente o implicitamente, siano state oggetto di esame da parte del giudice,

«l'accertamento definitivo del giudice relativo alla sussistenza di determinati presupposti relativi alla pretesa del ricorrente non potrà non essere vincolante nei confronti dell'azione amministrativa», e comunque l'esecuzione del giudicato va effettuata nel rispetto dei principi di buon andamento, correttezza e buona fede^[20].

Il giudicato, in particolare, assumerebbe una vincolatività asimmetrica nei confronti della riedizione del potere^[21] – da un lato – cristallizzando i fatti accertati in giudizio^[22] e – dall'altro lato – consentendo all'amministrazione il riesame delle valutazioni già sindacate dal giudice in termini (estrinseci) di non manifesta irragionevolezza.

Tale orientamento, è stato recepito e sostenuto dalla giurisprudenza successiva, talvolta in termini restrittivi^[23], ammettendosi che in sede di riedizione del potere l'amministrazione potesse dedurre a sostegno della propria decisione anche fatti preesistenti, ma non considerati dal primo giudice, nonché nuovi fatti e nuove ragioni giuridiche e nuove valutazioni, fondate sui medesimi fatti.

In maniera ancor più esplicita, è stata rilevata l'inidoneità del giudicato amministrativo ad assurgere a regola completa e definitiva del rapporto tra privato ed amministrazione, in ragione della natura immanente ed inesauribile del potere pubblico^[24]. Pur non negando l'avvenuta trasposizione dell'oggetto del giudizio amministrativo, dall'atto al rapporto, il Consiglio di Stato ha così ritenuto che la sussistenza di potere pubblico discrezionale continui inevitabilmente a condizionare la portata della regola sostanziale fissata nel giudicato, limitandone l'effetto preclusivo ai soli vizi censurati in sede di legittimità.

Come è stato condivisibilmente sostenuto^[25], l'orientamento in esame tende ad attribuire al giudicato un effetto solo ripristinatorio, limitato ai vizi dedotti su cui il giudice ha deliberato, senza la corretta valorizzazione degli effetti conformativi sulla futura azione amministrativa; obbligo ripristinatorio che, dunque, non incide sui tratti liberi di potere lasciati impregiudicati dalla sentenza.

Tale impostazione, volta a limitare l'efficacia oggettiva del giudicato al solo dedotto, è parsa eccessivamente distante dall'attuale sistema di giustizia amministrativa^[26], delineato dal Codice del processo nella prospettiva di un sindacato giudiziale sempre più esteso al rapporto.

Seguendo poi la ricostruzione operata da un'autorevole giurisprudenza^[27], in ossequio ai principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo (i quali imporrebbero di rimeditare la tesi del giudicato a formazione progressiva) ed al fine di riconoscere al giudicato l'effetto di cristallizzare situazioni giuridiche resistenti alla riedizione del potere amministrativo, si delineano due tesi: «una tesi “radicale” suggerisce di rafforzare la capacità stabilizzante del giudicato amministrativo, ritenendo che esso copra non solo il dedotto ma anche il deducibile, con la conseguenza che, nel caso di giudicato di annullamento su vizi sostanziali, la riedizione del potere, con commissione di eventuali nuovi vizi, integra una violazione del giudicato ogniqualvolta i nuovi vizi derivino da una nuova valutazione su aspetti incontrovertibili e non indicati dal giudicato come necessitanti di una nuova valutazione

(secondo una variante, analogo vincolo deriverebbe, prima ancora che dal giudicato, dalla preclusione maturata nel corso del procedimento amministrativo); una tesi “mediana” sostiene invece che, dopo la formazione del giudicato, la pubblica amministrazione nell’esercizio di un potere discrezionale possa sì individuare ulteriori elementi sfavorevoli alla pretesa del ricorrente vittorioso, ma lo possa fare una volta sola».

Pur non intendendo mettere in discussione i principi fissati dalle Adunanze Plenarie 2/2013 e 2/2016, la condivisibile giurisprudenza appena citata afferma chiaramente che tali statuizioni «devono trovare ulteriore svolgimento» non essendo «accettabile che la crisi di cooperazione tra amministrazione e cittadino possa risolversi in una defatigante alternanza tra procedimento e processo, senza che sia possibile addivenire ad una definizione positiva del conflitto, con grave dispendio di risorse pubbliche e private». Allorquando il vizio accertato con l’autorità del giudicato consiste nella violazione di una norma che assicura all’istante soltanto «la possibilità di conseguire il bene finale» («bene intermedio») e l’illegittimità rilevata dal giudicato demolitorio non ha determinato la privazione di un’utilità che il diritto assicurava con certezza all’istante, «resta da capire se questa “possibilità attuativa” debba necessariamente scontare l’introduzione di un indefinito numero di giudizi di cognizione prima di poter essere completamente soddisfatta, oppure se il sistema di giustizia amministrativa sia in grado di approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela, rendendo concretamente tangibile l’evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali»^[28]. A tale ultimo approdo giunge la giurisprudenza in esame, offrendo interessanti spunti di riflessione, che andrebbero adeguatamente ripresi e valorizzati, soprattutto alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale e normativa culminata con il nuovo codice del processo amministrativo.

7. Segue: le preclusioni procedurali ed il «one shot puro»

La prima delle tesi sopra indicate è volta ad imporre alla discrezionalità amministrativa, nella riedizione del potere, una preclusione pre-processuale, ancorata al confronto endoprocedimentale antecedente all’adozione del provvedimento annullato.

Di conseguenza, a seguito dell’annullamento l’amministrazione non potrebbe adottare un nuovo provvedimento negativo fondato su motivi già emergenti dalla precedente istruttoria.

Tale orientamento, del «one shot puro», era già stato sostenuto e fondato sul previgente art. 10-*bis* della l. n. 241/1990, ritenendosi che tale disposizione imponesse all’amministrazione, quantomeno nei procedimenti ad istanza di parte, di indicare nella fase procedimentale le circostanze fattuali e giuridiche ostative alla soddisfazione della pretesa sostanziale del privato, provocando già in quella sede un contraddittorio con l’interessato. Sicché, ai sensi della disposizione in esame, l’amministrazione sarebbe tenuta ad enunciare nella fase procedimentale (tutte) le ragioni poste a fondamento del proprio convincimento di diniego,

derivando dal mancato assolvimento di siffatto onere procedimentale il divieto di reiterazione del provvedimento sfavorevole sulla scorta di presupposti non esplicitati in precedenza^[29].

È evidente che tale impostazione rafforza la capacità stabilizzante del giudicato amministrativo dinanzi al riesercizio del potere, estendendo il proprio alveo oggettivo anche al deducibile.

La tesi in esame è stata espressamente recepita dal legislatore con la recente riforma dell'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990^[30], sia pur limitatamente ai procedimenti avviati ad istanza di parte e fatta eccezione per le procedure concorsuali ed i procedimenti in materia previdenziale e assistenziale, nella parte in cui si prevede che in caso di annullamento del provvedimento adottato l'amministrazione non può adottare un nuovo provvedimento negativo sulla scorta di motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato e non tempestivamente indicati.

8. Segue: l'ipotesi del «one shot temperato»

Al fine di non ingessare eccessivamente il potere discrezionale dell'amministrazione successivo al giudicato, la giurisprudenza amministrativa maggioritaria ritiene che il «*one shot puro*» non rappresenti il meccanismo ordinario dei rapporti tra giudicato amministrativo e riedizione del potere, bensì una regola eccezionale, circoscritta per espressa previsione normativa ai soli provvedimenti adottati su istanza di parte.

Infatti, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, cui aderisce anche la sentenza in commento, sarebbe preferibile il principio del «*one shot temperato*», per cui si «consente all'Amministrazione pubblica che abbia subito l'annullamento di un proprio atto, di rinnovarlo una sola volta e, quindi, di riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritenga rilevanti, senza potere in seguito tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati»^[31].

Pertanto, l'effetto preclusivo per l'amministrazione non deriva dal primo giudicato di annullamento, non essendo impedito all'amministrazione di riesaminare la vicenda nella sua interezza – fermi restando, si intende, i vincoli imposti dal giudicato per i segmenti di potere già esercitati e vagliati dal giudice –, operando un siffatto effetto preclusivo solo dal secondo giudicato di annullamento (in avanti), a partire dal quale si produce «l'effetto di “svuotare” l'amministrazione del proprio potere discrezionale»^[32].

Ne deriva che a seguito del secondo annullamento giudiziale, l'ulteriore riedizione viene ad essere interamente assoggettata alle regole imposte dal giudicato, essendo demandato ogni possibile contrasto tra il *decisum* ed i provvedimenti successivi al giudice dell'ottemperanza.

La tesi in esame è stata ulteriormente precisata dalla giurisprudenza.

Anzitutto, è stato sostenuto che la preclusione derivante dal (secondo) giudicato non opera nelle ipotesi in cui l'annullamento giurisdizionale sia disposto per vizi meramente procedurali[33].

In secondo luogo, si è ritenuto che nel “computo” delle riedizioni del potere non rientri l'eventuale riesame amministrativo svolto in ottemperanza a provvedimenti cautelari del giudice, rilevando ai fini dell'operatività della preclusione solo «il riesame completo della fattispecie, conseguente ad un primo giudicato di annullamento»[34].

L'impostazione di cui si tratta, precisata nei termini di cui sopra, rappresenterebbe per i giudici amministrativi il giusto punto di equilibrio tra la cogenza conformativa del giudicato amministrativo di annullamento, cui si correla l'effettività della tutela della parte vittoriosa in giudizio, e l'inesauribilità del potere amministrativo, mettendo al riparo il privato dal rischio di dover rincorrere con una serie potenzialmente infinita di impugnazioni un'attività amministrativa reiteratamente negativa fondata su ragioni e valutazioni sempre nuove.

Va altresì osservato che la giurisprudenza ha pure rimarcato il “valore non assoluto” del principio del «*one shot* temperato», precisando, in particolare, che qualora sussistano rilevanti fatti sopravvenuti, l'amministrazione può nuovamente pronunciarsi. Al contrario, paradossalmente, si potrebbe persino giungere ad «escludere in radice la possibilità di attribuire al privato l'utilità sperata», all'esito di un «eventuale nuovo e diverso *iter*, fondato su presupposti o modalità autonome»[35]. Ciò, infatti, è coerente con la logica del principio, che è quella di non porre a carico del privato «gli errori e le omissioni della fase istruttoria, che spetta all'amministrazione», non certo quella di «impedire di considerare i fatti sopravvenuti rilevanti»[36].

Infine, per completezza, appare molto interessante la linea interpretativa seguita da quella giurisprudenza che – pur occupandosi di vizio della motivazione – ha posto in rilievo le potenzialità dell'istituto della convalida (istituto forse non adeguatamente approfondito, alla luce delle ultime riforme) sin dalla fase della cognizione e le sue ricadute sistemiche, rispetto alla riedizione del potere: «quando l'Amministrazione conserva intatto il potere di riemanare un provvedimento con dispositivo identico a quello che risulterebbe annullato per mero difetto di motivazione – in quanto il giudicato non ha potuto accertare la spettanza del provvedimento favorevole –, la combinazione di convalida (la quale può essere spontanea, ovvero occasionata da un '*remand*' o da una richiesta di chiarimenti del giudice) e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere è in grado di accrescere le potenzialità cognitive dell'azione di annullamento, consentendo di focalizzare l'accertamento, per successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere (diversa è l'ipotesi in cui venga contestato un atto non ripetibile, giacché in tal caso, come si è detto sopra, la convalida non avrebbe effetto retroattivo). Il predetto dispositivo di concentrazione – coniugando l'inesauribilità del potere amministrativo con il diritto di difesa – agevola entrambe le parti del giudizio, in quanto: - consente al ricorrente una più rapida ed efficace verifica della sua possibilità di risultato vantaggioso (perseguita attraverso la deduzione di un vizio strumentale come il difetto di motivazione); - consente all'amministrazione di evitare annullamenti del

tutto “sovradimensionati” rispetto alla reale consistenza dell'interesse materiale del privato, potendo dimostrare che l'insufficiente motivazione non ha alterato la fondatezza sostanziale della decisione»[37].

9. Riflessioni conclusive sulle possibili evoluzioni del «one shot temperato»

Pur non trascurando di considerare la valenza del principio del «one shot temperato», permeato dall'esigenza di garantire l'effettività della tutela nel rispetto del quadro costituzionale e normativo delineato dal codice del processo amministrativo, pare opportuno svolgere qualche riflessione conclusiva sui possibili sviluppi dell'orientamento in parola, nella direzione di un migliore contemperamento tra gli interessi in gioco.

Al riguardo, deve essere vagliata la possibilità di anticipare al primo giudizio impugnatorio l'onere per l'amministrazione di svolgere l'esame complessivo della vicenda, consentendo al giudice della cognizione (sin da questa fase) di svolgere un sindacato esaustivo sull'intero rapporto, alla luce di tutte le allegazioni difensive prodotte dalle parti.

La percorribilità di tale soluzione deve essere necessariamente meditata anche alla luce dell'ammissibilità dell'integrazione postuma della motivazione[38], dedotta in giudizio dall'amministrazione attraverso le difese processuali, tradizionalmente avversata dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa[39].

Invero, dovrebbe verificarsi se l'attuale sistema di giustizia amministrativa consenta di superare il tradizionale divieto dell'integrazione in giudizio della motivazione, al fine di consentire al giudice un esame complessivo della vicenda e, per l'effetto, la piena estensione del *decisum* all'intero rapporto controverso già all'esito del primo giudizio.

Com'è noto, il divieto di integrazione postuma è stato tradizionalmente fondato, oltre che su ragioni di buon andamento amministrativo e di conformità alla disciplina dettata dall'art. 3 della l. n. 241/1990, sull'esigenza di garantire al privato la piena ed immediata conoscenza delle ragioni fattuali e giuridiche sottese al provvedimento^[40].

Sicché, il divieto di integrazione postuma rappresenterebbe un presidio essenziale a salvaguardia del diritto di difesa del ricorrente e della parità delle armi in giudizio, volto ad evitare che il privato, a fronte di una motivazione inizialmente scarna e nebulosa, sia costretto ad “impugnare al buio” il provvedimento, rischiando peraltro di rimanere “sorpreso” dalle specificazioni addotte dall'amministrazione (per la prima volta) in sede di giudizio. Inoltre, l'integrazione in giudizio della motivazione condurrebbe ad un'indebita inversione dell'ordine logico-cronologico tra procedimento e processo, imponendo al privato di agire in giudizio al fine di conoscere le ragioni poste alla base della decisione amministrativa[41].

Ebbene, pare che i predetti profili, sia pur astrattamente condivisibili e fondati *in primis* sull'esigenza di garanzia dei privati dinanzi all'esercizio del potere autoritativo, possano

essere riletti proprio alla luce della medesima esigenza di garanzia sostanziale dei privati ed in ragione degli strumenti processuali oggi previsti dal codice del processo.

In questa prospettiva, il rischio del ricorso al buio e dell'effetto sorpresa che il ricorrente potrebbe subire a seguito dell'integrazione giudiziale della motivazione potrebbe essere attutito dal ricorso per motivi aggiunti *ex art. 43 c.p.a.*, attraverso cui il ricorrente è messo nelle condizioni di esercitare il proprio diritto di difesa rispetto alle nuove ragioni addotte dalla controparte, impugnando tutti i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi della pretesa adottata per la prima volta in giudizio dall'amministrazione (in via di eccezione) a sostegno della correttezza sostanziale del provvedimento.

Il ricorso per motivi aggiunti potrebbe rappresentare un'adeguata forma di tutela processuale per il ricorrente, da contrapporre allo squilibrio derivante dall'integrazione operata dalla controparte pubblica, nella prospettiva di poter conseguire stabilmente all'esito (favorevole) del giudizio il bene della vita richiesto.

Un ulteriore elemento a sostegno dell'ammissibilità dell'integrazione postuma della motivazione può essere individuato nell'art. 21-*octies*, comma 2, della l. n. 241/1990, il quale in effetti pare avvalorare il superamento di qualsivoglia formalismo concernente la validità del provvedimento, (da un lato) imponendo all'amministrazione di esternare in giudizio tutti gli elementi a sostegno della correttezza del proprio operato «e che tuttavia non siano stati posti alla base della misura provvedimentoale concretamente esercitata»^[42], (dall'altro lato) chiamando il giudice ad un sindacato effettivo e diretto sul rapporto.

Invero, nell'attuale sistema amministrativo, in cui l'annullamento del provvedimento è subordinato *ex art. 21-*octies** ad una valutazione di concreta utilità sostanziale per il ricorrente, il divieto di integrazione postuma della motivazione pare rappresentare un simulacro di tutela degli interessi del privato, in realtà idoneo a frapponersi al soddisfacimento delle sue aspettative di giustizia sostanziale, consentendogli di ottenere una prima vittoria in giudizio solo formale e tale da postergare solo in avanti l'eventuale valutazione amministrativa di diniego.

Oltre che tutelare l'esigenza di effettività e concentrazione della tutela del privato, la tesi in esame risulterebbe rispondente anche alle esigenze di economicità e di efficacia della funzione amministrativa e giurisdizionale, anticipando e concentrando nel corso del primo giudizio la spendita del potere e le conseguenti preclusioni, evitando l'ulteriore avvio di procedimenti amministrativi e l'instaurazione di giudizi impugnatori.

Peraltro, eventuali condotte abusive dell'amministrazione, volte a celare in prima battuta (in motivazione) i presupposti più basilari ed immediati del provvedimento al fine di scoprirli (con "effetto sorpresa") per la prima volta in giudizio, laddove lesive dei canoni generali di correttezza e buona fede, dovrebbero essere censurate dal giudice attraverso l'irrogazione di sanzioni processuali *ad hoc* (*id est*: condanna alle spese del giudizio), pur a fronte di un eventuale rigetto nel merito del ricorso. A tal fine, tuttavia, sarebbe auspicabile un intervento legislativo sull'art. 26 c.p.a., volto a tipizzare apposite sanzioni processuali da comminare per

le predette condotte abusive perpetrate dall'amministrazione (pur non formalmente soccombente).

Lungo il solco appena tracciato, si verrebbe ad instaurare un contraddittorio processuale pieno, avente ad oggetto l'intera vicenda amministrativa controversa, con conseguente allargamento dell'oggetto del giudizio all'intero rapporto. Il giudicato, dunque, sarebbe dotato di un'intrinseca stabilità e certezza, precludendosi all'amministrazione la possibilità di adottare un nuovo provvedimento lesivo sulla scorta di presupposti fattuali e giuridici conosciuti (o conoscibili) al momento del giudizio e tuttavia ivi non dedotti (o eccipiti).

Rispetto al principio del «*one shot* temperato», la tesi in esame potrebbe consentire di arretrare la soglia della preclusione al primo giudizio d'impugnazione, in una logica di economia processuale e concentrazione della tutela, ampliando già in quella sede il *thema decidendum* del giudizio e, di conseguenza, le maglie oggettive del giudicato, nell'equo contemperamento delle contrapposte esigenze di autonomia del potere amministrativo e parità del contraddittorio processuale^[43].

[1] Giova precisare che la vicenda in esame non si riferisce alle ipotesi di giudicato di annullamento per difetto di motivazione, in relazione alle quali la più recente giurisprudenza ha rilevato che: «quando ci si trova di fronte ad un annullamento giurisdizionale per difetto di motivazione, residua uno spazio assai ampio per il riesercizio dell'attività valutativa da parte della P.A., con la conseguenza che se essa elimina il vizio motivazionale, ma ciò nonostante adotta un provvedimento ugualmente non soddisfacente della pretesa, si avrà violazione o elusione del giudicato solo se l'attività asseritamente esecutiva dell'Amministrazione risulti contrassegnata da uno sviamento manifesto, diretto ad aggirare le prescrizioni, puntuali, stabilite con il giudicato; altrimenti viene in questione non la violazione ovvero elusione del giudicato, bensì un'eventuale nuova autonoma illegittimità deducibile attraverso l'ordinario giudizio di cognizione (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 14 novembre 2017, n. 5250)» (Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2023, n. 3784).

[2] Per l'esame di alcune questioni giurisprudenziali inerenti all'istituto del soccorso istruttorio, si veda T. Linardi, *Il soccorso istruttorio e l'omologazione del concordato in continuità nelle procedure ad evidenza pubblica* (nota a Cons. St., Sez. III, n. 9147/2022), in *giustizjainsieme.it*.

[3] Va rilevato che correttamente, nella fattispecie, il giudizio è stato proposto con il rito dell'ottemperanza, in conformità al consolidato indirizzo del Consiglio di Stato (a partire dalla nota sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2/2013), secondo cui è certamente ammissibile la proposizione di un solo ricorso, davanti al giudice dell'ottemperanza – in luogo dei due che l'interessato in passato, per ragioni di cautela processuale, era costretto ad esperire – avverso tutti i provvedimenti emanati dall'amministrazione successivamente al giudicato di annullamento di un precedente provvedimento. Altrettanto correttamente, il Tar, ritenendo che i motivi di ricorso non attenessero a questioni di ottemperanza, ma dovessero essere trattati nella fase della cognizione, ha disposto la conversione del rito (in ordinario), ai sensi dell'art. 32, c. 2, c.p.a.

[4] Cfr. *ex plurimis* Cons. St., sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1686 e gli ulteriori riferimenti ivi citati.

[5] Cfr. tra le tante: Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660; sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1686; sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134; sez. IV, 5 agosto 2003, n. 4539; sez. VI, 9 febbraio 2010, n. 633; sez. IV, 12 giugno 2013, n. 3259; sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4987.

[6] Secondo H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Trad. It., Torino, 1956, 77, l'efficacia dell'ordinamento rappresenta *condicio sine qua non* di validità di ciascuna norma in esso contenuta.

[7] G. Chiovenda, *Saggi di diritto processuale*, Bologna, 1903, 110. Sul punto, anche E. Picozza, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1987, 465.

[8] Cfr. V. P. Calamandrei, *Processo e giustizia*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, 577, laddove si rilevava che «tutte le libertà sono vane se non possono essere rivendicate e difese in giudizio e se l'ordinamento del giudizio non è fondato sul rispetto della persona umana».

[9] Cfr. A. Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, 25, ripreso da I. Pagni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 2/2016, 401 ss.

[10] Secondo la CEDU «*the domestic remedies must be effective*». Sul punto cfr. *ex plurimis* CEDU, 28 luglio 1999, *Immobiliare Saffi c. Italia*; 18 novembre 2004, *Začanis c. Grecia*; 15 maggio 2011, *Ventorio c. Italia*; 27 luglio 2004, *Romashov c. Ucraina*; 16 novembre 2006, *Muzević c. Croazia*; 13 marzo 1997, *Hornsby c. Grecia*.

[11] Cfr. Corte Giust. UE, 13 marzo 2007, C-432/05, *Unibet*; 3 dicembre 1992, C-97/91, *Oleificio Borelli*; 15 ottobre 1987, C-222/86, *Heylens*; 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnston*.

[12] Cfr. V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 472.

[13] Sui rapporti tra principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto amministrativo, si veda: B. Raganelli, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, 2012, 21 ss.; M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 523 ss.; A.M. Sandulli, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Atti del convegno celebrativo del centocinquantenario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 305 ss.; E. Capaccioli, *Diritto e processo - Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 465 ss.; S. Giacchetti, *Giustizia amministrativa: alla ricerca dell'effettività smarrita*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, 459; G. Verde, *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1984, 42.

[14] Cfr. F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d.; O. Ranelletti, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, 501 ss.; A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 56; F. Benvenuti, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1969, 897 ss.

[15] Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, E. Cardi - A. Nigro (a cura di), V ed., Bologna, 2000, che, nell'argomentare sulla nozione elastica e polimorfe del giudicato amministrativo, distingue tra effetto vincolante pieno (diretto o indiretto), effetto vincolante secondario (o strumentale) ed effetto vincolante semipieno.

[16] Come affermato in giurisprudenza: «Nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo il principio processualciviltistico, secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, non è pienamente applicabile, dal momento che nel giudizio d'impugnazione il giudicato si forma solo in relazione ai vizi dell'atto di cui è stata accertata la sussistenza (o l'insussistenza) sulla base dei motivi di censura articolati dal ricorrente (Consiglio di Stato, sez. IV, 01/08/2016, n. 3475)» (T.A.R. Cagliari, sez. I, 13 febbraio 2017, n. 102; cfr., altresì, Cons. St., sez. VI, 24 aprile 2018, n. 2495; T.A.R. Catania, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 2493; T.A.R. Milano, sez. II, 2 luglio 2018, n. 1640). La giurisprudenza ha riconosciuto l'attitudine del giudicato amministrativo a coprire anche il deducibile con precipuo riferimento alle ipotesi di giurisdizione esclusiva, ove si controverta di diritti soggettivi, a patto che il "non dedotto" non afferisca a precedenti provvedimenti rimasti inoppugnati e si ponga come antecedente logico necessario del *decisum*. Sul punto, si veda: Cons. St., sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3439; Cons. St., sez. IV, 11 marzo 2013, n. 1473; Cons. St., sez. III, 6 marzo 2012, n. 1265; Cons. St., sez. VI, 8 settembre 2008, n. 4288; Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 38; Cons. St., sez. IV, 25 agosto 2003, n. 4800.

[17] Cfr. M. Clarich, *Il giudicato*, in A. Sandulli (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013, 289.

[18] Cfr. M. Andreis, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996.

[19] G. Corso, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, V, 1989, 431.

[20] Cfr. Cons. St., Ad. Pl., 15 gennaio 2013, n. 2 con nota di A. Travi, in *Foro it.*, 2014, III, 712; F. Figorilli, *La difficile mediazione della Plenaria fra effettività della tutela e riedizione del potere nel nuovo giudizio di ottemperanza*, in *Urb. e app.*, 2013, 952; M. Trimarchi, *Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'adunanza plenaria n. 2/2013*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 384; F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in F. Francario - M.A. Sandulli (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, Napoli, 2018, 119 ss.; E. Tedeschi, *Contenuto conformativo della sentenza e competenza per l'ottemperanza (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 21 settembre 2020, n. 5485)*, in *giustiziainsieme.it*, R.

Dagostino, *Ottemperanza al giudicato civile: interpretazione, integrazione o sostituzione del giudicato?* (nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 7 luglio 2020, n. 4369), in *giustizainsieme.it*.

[21] Cfr. M. Trimarchi, *Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 2/2013*, in *Dir. Proc. Amm.*, I, 2015, 393 ss., laddove l'Autore evidenzia notevoli perplessità sia teoriche che pratiche sull'impostazione accolta dal Consiglio di Stato: a riprova, si evidenzia che i giudici amministrativi escludono la contrarietà del nuovo provvedimento lesivo (esclusione di una società dalla gara pubblica) al precedente giudicato (annullamento della precedente esclusione) sulla base della mera diversità della motivazione, trascurando di verificare se la stessa si fondasse su nuovi elementi di fatto o su diverse valutazioni. Inoltre, sull'evanescente distinzione tra giudizi di fatto e di valore si richiama il contributo di A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 257 ss.

[22] Sul punto, G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2017, 1247, rileva come la Plenaria non abbia chiarito se il giudicato amministrativo copra i fatti preesistenti non sopravvenuti e rimasti estranei al sindacato del giudice, non escludendo che «da preclusione riguardi anche i fatti che solo implicitamente sono stati oggetto di esame da parte del giudice».

[23] Cfr. Cons. St., sez. III, 23 giugno 2014, n. 3187.

[24] Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11.

[25] Cfr. F. Manganaro, *Giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 534 ss.

[26] F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 6/2016, 1025 ss.

[27] Cfr. Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, la quale rappresenta una pietra miliare nella giurisprudenza sul tema oggetto del commento.

[28] Cfr. ancora Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, ove si afferma che: «la necessità di dimostrare nei fatti tale evoluzione appare anche coerente con la recente affermazione – che il collegio condivide pienamente – secondo la quale, avendo riguardo alla concezione soggettiva della tutela e alla centralità processuale della situazione soggettiva rispetto all'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, sembra ormai potersi «capovolgere definitivamente l'allocatione tradizionale delle due situazioni soggettive, entrambe attive, che si muovono nel processo, e ci si può forse spingere ad affermare che è l'interesse alla mera legittimità ad essere divenuto un interesse occasionalmente protetto, cioè protetto di riflesso in sede di tutela della situazione di interesse legittimo»».

[29] Cfr. M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 572 ss.; I. Pagni, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *www.gjustamm.it*.

[30] Ci si riferisce, in particolare, alla riforma dell'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990 ad opera dell'articolo 12, comma 1, lettera e), del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. Al riguardo si richiamano le interessanti considerazioni di M. Brocca, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in *giustizainsieme.it*. Le prime autorevoli interpretazioni giurisprudenziali convergono nell'osservare che «tale precetto che impone alla pubblica amministrazione di esaminare l'affare nella sua interezza - già nella fase del procedimento (e non solo nel processo, come la giurisprudenza già riteneva in alcune ipotesi: cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 1321 del 2019), sollevando, una volta per tutte le questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati - dovrà trovare attuazione, per evidenti ragioni sistematiche (e per evitare facili aggiramenti), anche nel caso di convalida per difetto di motivazione» (Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385).

[31] Cfr. C.G.A.R.S., 8 maggio 2022, n. 597; Cons. St., sez. II, 14 aprile 2020, n. 2378; Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2019, n. 144; Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660.

[32] Cfr. Cons. St., sez. VII, 17 ottobre 2022, n. 8803.

[33] Cfr. Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2015, n. 439.

[34] Cfr. Cons. St., sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3480.

[35] Cons. St., sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1686.

[36] Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660, con nota di E. Traversa, in *Giur. It.*, 2017, 7, 1672.

[37] Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, ove è stato altresì osservato che «L'interessato, quindi, nel corso del medesimo giudizio, ben potrà domandare, sia l'annullamento dell'atto di convalida perché autonomamente viziato - contestandone quindi la stessa "ammissibilità" -, sia l'annullamento dell'atto come convalidato, adducendone la persistente illegittimità», con la conclusione per cui: «Questa soluzione è inoltre conforme a principi di effettività e concentrazione della tutela (art. 7, comma 7, del c.p.a.), i quali postulano il massimo ampliamento del contenuto di accertamento del giudicato amministrativo. Tale canone processuale si realizza facendo confluire all'interno dello stesso rapporto processuale - per quanto possibile - tutti gli aspetti della materia controversa dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita, evitando defatiganti parcellizzazioni della medesima disputa».

[38] Sul punto, si richiamano ancora le riflessioni di G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, cit.

[39] Tale orientamento, tutt'ora prevalente in giurisprudenza, è stato sostenuto anche dal TAR Pescara nella sentenza n. 435/2021, sulla cui (asserita) ottemperanza lo stesso TAR abruzzese si è pronunciato con la sentenza n. 107/2023, qui in commento. Nella prima pronuncia, infatti, i giudici amministrativi avevano ritenuto inammissibile l'integrazione postuma della motivazione in giudizio, incentrata proprio sulla carenza degli ulteriori requisiti posta a fondamento del secondo provvedimento di esclusione (poi impugnato), rilevando che «sul punto la giurisprudenza è chiara nell'affermare che nel processo amministrativo l'integrazione in sede giudiziale della motivazione dell'atto amministrativo è ammissibile soltanto se effettuata mediante gli atti del procedimento – nella misura in cui i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti ed univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni della determinazione assunta – oppure attraverso l'emanazione di un autonomo provvedimento di convalida (art. 21-nonies, secondo comma, della legge n. 241 del 1990). È invece inammissibile un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, sezione terza, 7 aprile 2014, n. 1629)».

[40] Cfr. C. Mortati, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi (a proposito del procedimento di scrutinio delle promozioni per merito comparativo)*, in *Giur. It.*, 1943, III; Cons. St., sez. VI, n. 2555/2008, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2008, 1, 1556; Cons. St., Sez. V, n. 6345/2006, *ivi*, 2006, 10, 2843.

[41] Cfr. G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, cit., 1244.

[42] A. Romano Tassone, *Sulla regola del dedotto e deducibile nel giudizio di legittimità*, in *www.giustamm.it*.

[43] Sia consentito, in conclusione, riportare le condivisibili considerazioni della giurisprudenza sopra citata (Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321), per la loro importanza sul tema, soprattutto nella parte in cui i giudici amministrativi ritengono che dal codice del processo amministrativo sia desumibile in via interpretativa «un dispositivo di chiusura del sistema, volto a scongiurare l' indefinita parcellizzazione giudiziaria di una vicenda sostanzialmente unitaria», identificabile nella «riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa, in via sostanziale o processuale». Peraltro, «la consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile "frattura" del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all'amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati».

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2707 – 22 marzo 2023

Vicinitas e dies a quo del termine di impugnazione: tra potenzialità e attualità della lesione (nota a Tar Lecce, sez. I, n. 1665/2022)

di Edoardo Pellegrino

Sommario: 1. I fatti ed il ricorso al Tar Lecce - 2. Sui presupposti processuali: interesse al ricorso e vicinitas - 2.1. Vicinitas e presunzioni - 3. Dies a quo del termine di impugnazione: potenzialità o integralità? - 4. Conclusioni.

1. I fatti ed il ricorso al Tar Lecce.

Il Tar Lecce, con la recente pronuncia[1], ha fornito una interessante lettura circa la portata dell'onere di diligenza in relazione al termine per l'impugnazione di un permesso di costruire, ove sia contestato non l'*an*, ma il *quantum* di edificabilità dell'area.

In particolare, i giudici affrontano la delicata questione dell'onere incombente sulla parte che assume di poter subire una lesione dal completamento di uno stabile non ancora ultimato, sciogliendo il conseguente dubbio circa l'individuazione del *dies a quo* dell'impugnazione. Sono due le alternative sul punto già vagliate da altri Tribunali amministrativi[2] e dal Consiglio di Stato[3]: ritenere sufficiente la prospettazione di una futura lesione causata dal completamento dell'opera oppure, al contrario, attendere che la costruzione dell'immobile sia portata a compimento per verificare la concretizzazione della lesione stessa.

La sentenza in commento offre, altresì, lo spunto per affrontare la tematica afferente alla legittimazione ad agire[4] e all'interesse a ricorrere, con particolare riferimento all'elemento della *vicinitas*[5], di recente oggetto anche di varie pronunce del Consiglio di Stato.

Sul punto, in particolare, è interessante vagliare il rapporto tra tale elemento e alcune presunzioni che possono operare nell'ambito del processo amministrativo. Su un primo versante, come si vedrà, la *vicinitas* è stata "letta" da parte della giurisprudenza come presunzione di interesse a ricorrere. Sotto altro angolo visuale, la *vicinitas* è stata interpretata anche come indice presuntivo di conoscibilità della possibile lesione subenda da parte del ricorrente.

Nella nostra vicenda *Tizia e Caia* hanno proposto ricorso al Tar Lecce avverso il comune *Alfa*, nonché nei confronti della società *Beta*, per l'annullamento di un permesso di costruire viziato, secondo la tesi delle ricorrenti, non tanto nell'*an*, quanto nel *quantum*, perché l'intervento ultimato *comporterebbe la realizzazione di un edificio di dimensioni e di altezza rilevanti, tale da impedire completamente la vista del mare*.

In altre parole, le ricorrenti fondano il proprio interesse a ricorrere sull'assunto di essere proprietarie di due unità immobiliari dalle quali, una volta terminata l'opera oggetto di permesso di costruire, non sarebbe più stato possibile vedere il mare, concretizzandosi, dunque, in tale evento il danno lamentato.

A fronte di tale contestazione, si è costituita la società *Beta*, la quale ha preliminarmente evidenziato la tardività del ricorso. In particolare, e questo punto, come si vedrà, si rivelerà nodale, la società afferma che la potenziale lesione sarebbe stata conoscibile sin dal momento della pubblicazione del permesso di costruire nell'albo pretorio oppure, al più tardi, dal momento della esposizione del cartello di cantiere (contenente gli estremi del titolo edilizio, gli interventi assentiti e il *render* delle opere di progetto) e non anche, come sostenuto dalle ricorrenti, dal momento del completamento dell'opera.

Il Tar Lecce, coerentemente con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, con la sentenza in commento sposa la tesi della società *Beta*, ritenendo sufficiente, per individuare il *dies a quo*, la conoscibilità della lesione che la parte subirà dal completamento dell'opera (nel caso di specie garantita quanto meno dalla esposizione del cartello di cantiere).

Come anticipato, dunque, la pronuncia in commento offre lo spunto per affrontare alcune delle tematiche che afferiscono ai presupposti e ai termini processuali e che sono state, di recente, oggetto di dibattito giurisprudenziale.

2. Sui presupposti processuali: interesse al ricorso e vicinitas.

Tale questione inevitabilmente si interseca con quella, chiaramente molto più ampia e sulla quale, pertanto, non ci soffermeremo in profondità, della tipologia di giurisdizione (amministrativa) accolta nel nostro ordinamento: giurisdizione oggettiva o soggettiva.

Come noto, a lungo la giurisdizione amministrativa è stata interpretata in senso obiettivo avente, dunque, come principale scopo quello di tutelare il primario interesse pubblico e solo *occasionalmente* quello privato imbattutosi nel potere pubblico. In altre parole, intanto il privato poteva tutelare una propria posizione giuridica soggettiva, in quanto tale tutela rappresentasse un riflesso del perseguimento dell'interesse pubblico.

Tuttavia, tale impostazione, evidentemente, sacrifica l'interesse del cittadino a mera posizione strumentale rispetto a quella pubblicistica, rischiando di creare un significativo vuoto di tutela.

Per tale ragione, in disparte da alcuni interventi normativi che hanno fatto vacillare un tale assunto^[6], da tempo si ritiene preferibile un modello di giurisdizione soggettiva^[7] in cui la predetta impostazione risulta capovolta: la situazione soggettiva del privato assume una importanza "frontale", mentre la tutela del pubblico interesse è perseguita indirettamente^[8].

Ciò comporta, come immeditato corollario, la centralità assoluta nel processo amministrativo del *bene della vita*, ovvero del "vantaggio" personale e concreto cui aspira il ricorrente in virtù della propria posizione differenziata rispetto al cittadino comune.

Come noto, infatti, al fine di attivare un giudizio amministrativo è necessario che sussistano le tre condizioni della legittimazione al ricorso, dell'interesse ad agire e della *legitimatio ad causam* attiva o passiva^[9].

La prima consente di capire chi possa agire in giudizio, individuando il soggetto titolare della posizione giuridica soggettiva differenziata e qualificata, nonché protetta dall'ordinamento; il quale ha anche la conseguente tutela processuale, differenziandosi dal *quisque de populo*.

A differenza del processo civile, in cui la legittimazione ad agire si sostanzia nell'affermazione (o prospettazione) della titolarità di una situazione giuridica soggettiva, nel processo amministrativo non è sufficiente la mera prospettazione dell'interesse legittimo (o diritto soggettivo nelle materie di giurisdizione esclusiva), essendo necessaria l'effettiva titolarità della situazione soggettiva^[10]. In altre parole, si ha una sorta di sovrapposizione della legittimazione ad agire con l'interesse legittimo in omaggio ad una "*premissa iperpositivistica*"^[11].

Il problema di una siffatta impostazione, se intesa in senso restrittivo, è che resterebbero esclusi dalla tutela innanzi al giudice amministrativo i soggetti terzi rispetto al provvedimento, nonostante siano stati incisi dallo stesso, perché estranei al rapporto amministrativo. Per tale motivo, come vedremo, la giurisprudenza utilizza anche altri criteri per agganciare la legittimazione del terzo a ricorrere come, nel caso di cui ci occupiamo, la *vicinitas*.

La seconda condizione si sostanzia nell'interesse ad agire (o interesse al ricorso), disciplinato dall'art. 100 c.p.c., il quale trova applicazione nel processo amministrativo mediante il rinvio esterno dell'art. 39 c.p.a. alle norme sul processo civile. L'interesse si sostanzia nell'utilità concreta che il ricorrente può trarre dalla pronuncia che chiede al giudice.

Quindi, è necessario un collegamento con una posizione giuridica sostanziale.

Il problema, come detto, si pone con il soggetto *terzo* che, come nel caso di specie, afferma di essere lesa da un provvedimento che non è destinato ad operare direttamente nei suoi confronti.

In termini generali, il *vicino* è titolare di un interesse legittimo oppositivo consistente nella finalità di avversare un atto ampliativo della sfera di altri soggetti (nel caso di specie un permesso di costruire).

La questione sorge dal momento che il provvedimento ed il procedimento amministrativo non contemplano tra i destinatari il terzo (*rectius*: il vicino) e dunque si pone, innanzitutto, il problema di stabilire se ed in che misura l'interesse a contrastare l'atto ampliativo da parte del terzo possa considerarsi qualificato e differenziato, nonché di individuare i criteri in base ai quali si possa identificare tale interesse.

Da un punto di vista storico, l'art. 10, comma 9, della L. 765/1967 (c.d. legge ponte)^[12] affermava testualmente che “*chiunque (...) può 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*”. Stando al tenore letterale di tale norma, dunque, sembrava che il legislatore avesse previsto un'ipotesi di giurisdizione oggettiva giacché non si richiedevano particolari posizioni qualificate al fine di impugnare il rilascio della licenza edilizia, identificando, piuttosto, un interesse alla regolarità urbanistica; interesse, dunque, per la sua vastità, giustiziabile su iniziativa di *chiunque*.

Tuttavia, al fine di scongiurare la configurabilità di un'azione popolare, la giurisprudenza ha richiesto, operando una rilettura della legittimazione a ricorrere in chiave soggettivistica, un criterio che radicasse il ricorrente all'area interessata dall'intervento edilizio^[13]; la *vicinitas*, appunto.

Conseguentemente, l'elemento della vicinanza quale necessario requisito della legittimazione ad agire, nasce come criterio volto a restringere l'area dei potenziali ricorrenti, scongiurando un'ipotesi di giurisdizione oggettiva, peraltro in un settore particolarmente sensibile quale quello urbanistico.

Superate, almeno tendenzialmente, le istanze oggettivistiche con l'avvento del c.p.a. che, come detto, richiama, mediante l'art. 39, l'art. 100 c.p.c. il problema che si pone è in una certa misura speculare rispetto a quello affrontato post legge del '67: è possibile individuare un interesse differenziato e qualificato in capo al *vicino*, tale da permettergli di impugnare un provvedimento ampliativo della sfera giuridica altrui? Ecco, di nuovo, giungere in soccorso il criterio della *vicinitas*, questa volta con finalità ampliative della legittimazione processuale, consentendo al terzo di impugnare un titolo edilizio afferente alla stessa area alla quale è collegato il terzo stesso.

Il problema che si è posto, a questo punto, è quello di indagare circa la sufficienza o meno della vicinanza al fine di fondare tanto la legittimazione ad agire, quanto l'interesse al ricorso.

Secondo un primo orientamento^[14], maggioritario sino alla recente decisione dell'Adunanza Plenaria, il criterio della *vicinitas* è *di per sé idoneo a legittimare l'impugnazione di singoli titoli edilizi, assorbendo in sé anche il profilo dell'interesse all'impugnazione*^[15].

Tale impostazione, sostanzialmente, si fonda sull'originaria funzione attribuita alla *vicinitas* (scongiurare un'azione popolare) e sulla considerazione che, diversamente opinando, si pretenderebbe una *probatio diabolica* (la prova dello specifico pregiudizio subito) andando ad incidere sul diritto costituzionalmente tutelato di adire l'autorità giudiziaria per la tutela di posizioni giuridiche soggettive. Per evitare tale eventualità, si individua una presunzione di interesse a ricorrere sulla base della vicinanza del ricorrente all'immobile oggetto di intervento edilizio.

Diversamente, per altra impostazione^[16], la *vicinitas* è idonea a radicare la legittimazione ad agire, ma non è di per sé elemento sufficiente a fondare l'interesse a impugnare, dovendosi ulteriormente dimostrare che quanto contestato abbia la capacità di propagarsi sino a incidere negativamente sulla proprietà del ricorrente.

Sul punto, l'Adunanza Plenaria^[17], sposando quest'ultima impostazione, ha riaffermato la distinzione tra interesse e legittimazione a ricorrere postulando la necessaria dimostrazione, oltre che della *vicinitas* anche della lesione in concreto subita dal ricorrente e ricollegata al titolo edilizio impugnato.

2.1. Vicinitas e presunzioni.

Stando a quanto affermato dal primo degli orientamenti in precedenza riportati, la *vicinitas* sarebbe idonea, dunque, a conglobare oltre alla legittimazione ad agire anche l'interesse a ricorrere.

Tuttavia, una volta superata tale impostazione, sovviene una seconda e, in un certo senso, speculare presunzione legata al concetto di *vicinitas*: quella riguardante la conoscibilità da parte del soggetto terzo della potenziale lesione che subirà dal completamento dell'opera. Questo tema, senza dubbio, risulta inscindibilmente legato a quanto si dirà nel prosieguo in tema di *dies a quo* del termine di impugnazione; tuttavia, per ragioni strutturali, è necessario "anticipare" l'argomento in tema di *vicinitas*.

In altre parole, si può sostenere, e parte della giurisprudenza^[18] sostiene, che la vicinanza del soggetto terzo (identificato, appunto, come vicino) possa fondare, a determinate condizioni, una presunzione relativa di conoscibilità del provvedimento che si assume essere lesivo.

In concreto, ponendo lo sguardo alla fattispecie sottostante la pronuncia in commento, la vicinanza dell'immobile delle ricorrenti a quello oggetto del permesso di costruire costituirebbe indice di conoscibilità del permesso di costruire riportato sul cartellone esposto sul cantiere.

In disparte le questioni legate al termine di impugnazione (su cui *infra*) e limitandoci alle ricadute probatorie, è interessante notare questo mutamento compiuto nell'interpretazione della *vicinitas* che da elemento di presunzione dell'interesse a ricorrere diviene presunzione di conoscibilità del provvedimento, comportando un aggravio probatorio in capo al ricorrente.

Lo stesso, infatti, da un lato, dovrà dimostrare oltre alla vicinanza, anche l'interesse a ricorrere, ovvero la lesione derivante dal provvedimento; d'altro canto, a fronte della sussistenza della *vicinitas* (comunque necessaria per fondare la legittimazione ad agire) lo stesso dovrà anche superare la presunzione di conoscenza del provvedimento dimostrando di aver agito diligentemente e di non aver potuto conoscere il provvedimento, al fine di evitare di incappare nelle conseguenze connesse alla conoscibilità del provvedimento (essenzialmente lo spirare del termine d'impugnazione).

3. Dies a quo del termine di impugnazione: potenzialità o integralità?

Come detto in apertura, lo snodo principale della pronuncia in commento riguarda il *dies a quo* del termine per impugnare il permesso di costruire.

L'alternativa si pone tra la conoscibilità della futura lesione che si concretizzerà al momento dell'ultimazione dell'immobile e la esistenza attuale di siffatta lesione, ovvero il completamento della costruzione.

La questione è, senza dubbio, strettamente connessa alla tematica della diligenza^[19] e del comportamento secondo buona fede giacché sposare l'una o l'altra soluzione implica, inevitabilmente, un allargamento o un restringimento delle maglie di operatività di tali principi. Qualora si sposasse, infatti, la tesi della attualità della lesione si depotenzierebbe la portata dell'obbligo di agire secondo buona fede poiché si consentirebbe al (futuro) ricorrente di attendere il completamento dell'opera per poi far valere le proprie censure.

Come noto, infatti, nei giudizi di legittimità il termine per impugnare l'atto decorre, per i soggetti destinatari, dal momento della notifica del provvedimento; per i soggetti terzi non esplicitamente indicati dal provvedimento, invece, dal momento della sua pubblicazione o comunque dalla piena conoscenza dello stesso. Risulta evidente, dunque, in astratto, che la pubblicazione pone un evidente onere di diligenza a carico degli interessati che devono verificare l'eventuale lesività del provvedimento.

Il problema, infatti, è quello di individuare il corretto punto di equilibrio tra l'esigenza di tutela giurisdizionale del terzo nei confronti di un titolo edilizio che si assume essere illegittimo e l'altrettanto meritevole interesse del titolare del permesso di costruire di poter fare affidamento sulla legittimità del titolo in modo da garantire la fiducia sulla stabilità del titolo stesso.

È evidente, infatti, che accogliendo la seconda impostazione si sacrificerebbe ingiustificatamente l'interesse del titolare del titolo edilizio per il solo fatto del comportamento negligente del terzo.

Con la pronuncia in commento, il Tar Lecce aderisce al primo degli esposti orientamenti, ponendosi in continuità con un orientamento giurisprudenziale^[20] oramai divenuto maggioritario, stando al quale il *dies a quo* del termine di impugnazione di un permesso di costruire è quello in cui *le opere realizzate rivelano, in modo certo ed univoco, le loro caratteristiche e, quindi, l'entità delle violazioni urbanistiche e della lesione eventualmente derivante dal provvedimento*.

In altre parole, non è necessario attendere il completamento dell'opera posto che ciò determinerebbe il sorgere di una tutela irragionevolmente sbilanciata in favore del terzo. Di contro, su chi si ritenga leso incombe, come detto, un inevitabile onere di diligenza informativa circa la reale portata dell'immobile in via di costruzione e delle sue caratteristiche al fine di vagliarne, in anticipo, l'eventuale illegittimità e lesività dello stesso.

Tale soluzione rappresenta una valorizzazione del combinato disposto dei principi di buona fede e autoresponsabilità ex art. 1227 c.c.^[21] i quali impongono di agire proattivamente e diligentemente al fine di poter, poi, domandare tutela giacché "*vigilantibus, non dormientibus iura succurrunt*".

Una volta esclusa la possibilità di attendere il completamento dell'opera, il punto, allora, è individuare il momento esatto da cui si possa desumere la conoscibilità della lesività del provvedimento, ovvero del momento a partire dal quale un soggetto diligente possa avere cognizione effettiva della portata dell'opera e della sua potenziale lesività.

La sentenza individua due momenti alternativi consistenti nella pubblicazione nell'albo pretorio del provvedimento e nell'esposizione del cartello di cantiere (contenente, tra l'altro, un dettagliato *render* dell'opera stessa). Il primo, infatti, previsto dall'art. 20, comma 6, d.P.R. 380/2001, costituisce un indice di conoscibilità generalizzato, posto che risulta accessibile da chiunque.

Il secondo, reso obbligatorio dall'art. 27, comma 4, d.P.R. 380/2001, può essere inteso quale indice di conoscibilità particolare, riferito alla zona di interesse della costruzione. In altre parole, l'esposizione del cartello di cantiere rende conoscibile la portata dell'opera a chiunque frequenti abitualmente l'area interessata.

A questo punto la tematica si ricollega a quella della *vicinitas* e alla seconda delle presunzioni viste in precedenza.

A fronte di quanto detto *supra*, l'effettiva sussistenza della vicinanza, necessaria ai fini del radicamento della legittimazione ad agire, comporta la presunzione di conoscenza dell'esposizione del cartello di cantiere e quindi, del provvedimento stesso.

Si può dire, in ultima analisi, che sia la *vicinitas* a far scattare quel binomio diligenza-autoresponsabilità di cui si è detto in precedenza. In altre parole, qualora il terzo sia effettivamente vicino rispetto all'opera che si assume essere lesiva (condizione necessaria per radicare la legittimazione ad agire), il termine per impugnare il provvedimento inizierà a decorrere, al più, dal momento dell'esposizione del cartello di cantiere.

Il soggetto terzo, dunque, dovrà adoperarsi al fine di esercitare l'eventuale diritto di accesso per conoscere compiutamente gli atti del procedimento amministrativo sfociato nel provvedimento lesivo e per impugnare il provvedimento stesso. Infatti, stando a tale filone interpretativo, l'esercizio del diritto di accesso non può comportare una dilatazione del termine per impugnare il titolo edilizio con la conseguenza che anche tale diritto dovrà essere esercitato con solerzia al fine di non veder spirare il termine suddetto.

4. Conclusioni.

La pronuncia in commento consente, dunque, di riflettere su due snodi importanti e di recente attualità del contenzioso in materia edilizia.

In primo luogo, è interessante constatare l'evoluzione che ha interessato il concetto di *vicinitas*, passato da criterio utilizzato per restringere la legittimazione ad agire fino a divenire elemento fondante una presunzione di conoscenza della lesività di un provvedimento amministrativo.

Inoltre, venendo al cuore della sentenza, il Tar Lecce correttamente sposa l'orientamento che individua il *dies a quod* del termine per impugnare un provvedimento amministrativo nel momento di percepibilità della futura lesività del provvedimento stesso.

La soluzione adottata dai giudici leccesi appare corretta giacché si pone in continuità con un'evoluzione del processo (e del diritto sostanziale) amministrativo in cui si esalta il ruolo della diligenza e del principio di buona fede il quale, avendo portata bilaterale^[22], deve informare anche il comportamento del privato, il quale ha l'onere di agire secondo i canoni della diligenza e dell'autoresponsabilità.

In realtà, a ben vedere, la fattispecie oggetto di sentenza involge un concetto di buona fede processuale che non riguarda solamente il binomio P.A. privato giacché, in questo caso, il comportamento diligente e di buona fede del soggetto terzo è imposto al fine di non sacrificare l'affidamento di un altro soggetto privato, il destinatario del titolo edilizio. Ciò comporta, dunque, una ulteriore valorizzazione del principio di buona fede poiché, come noto, in ambito di rapporti paritari risulta essere un principio cardine dell'ordinamento che non può tollerare comportamenti negligenti a discapito dell'altrui affidamento.

Alla luce di quanto detto, dunque, appare ormai inevitabile il consolidamento di tale orientamento e l'abbandono definitivo di quello che individua nel completamento dell'opera il momento a partire dal quale è possibile percepire la lesività del provvedimento e avvertire, dunque, il *bisogno di tutela* che innesca la volontà di impugnare tale provvedimento.

Appare coerente, in chiusura, la *saldatura* effettuata tra *vicinitas* e percepibilità della lesività del provvedimento con la prima che assurge a criterio stabile per presumere (salvo prova contraria) la conoscibilità dell'illegittimità e della lesività del provvedimento stesso.

[1] Il riferimento è a Tar Puglia, Lecce, sez. I, N. 1665/2022, in annotazione.

[2] Oltre alla sentenza in commento, si segnala Tar Campania, Napoli, sez II, n. 19/2022.

[3] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 7804/2022, Cons. Stato, sez. II, n. 4390/2019, Cons. Stato, sez. IV n. 3075/2018 e, naturalmente, Cons. Stato, Ad. Plen. n. 15/2011.

[4] 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 Forstboff*, Napoli, 2021.

[5] E. Travi, *Vicinitas e interesse a ricorrere*, in *Foro it.*, 2018, III, 216 (nota a Cons. Stato, sez. IV, nn. 706/2018 e 707/2018).

[6] Ci si riferisce ai diversi poteri officiosi del giudice previsti nel contenzioso in materia di appalti; alla legittimazione dell'Agcm a impugnare gli atti amministrativi lesivi della concorrenza *ex art. 21-bis*, l. 287/1990.

[7] Corte cost., 13 dicembre 2019, n. 271. Per alcuni commenti, si vedano A. Travi in *Foro it.* 2020, I, p. 1121; F. G. Scoca, *Rito superaccelerato e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. costit.* 2019, p. 3248.

[8] Sul punto si vedano, P.L. Portaluri, *Interessi e formanti giurisprudenziali: l'anti-Ranelletti?*, in *giustizia-amministrativa.it* e in *Urb. App.*, 2007; P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff*, *cit.*, p.127; in giurisprudenza si veda Cons. Stato, sez. VI, n. 1321/2019 in cui si afferma che è possibile “*capovolgere definitivamente l'allocazione tradizionale delle due situazioni soggettive, entrambe attive, che si muovono nel processo, e ci si può forse spingere ad affermare che è l'interesse alla mera legittimità ad essere divenuto un interesse occasionalmente protetto, cioè protetto di riflesso in sede di tutela della situazione di interesse legittimo*”.

[9] Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5. Per alcuni commenti si vedano: A. Travi, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, III, p. 265; D. Vaiano, *Ordine di esame dei motivi, principio della domanda e funzione del giudice amministrativo*, *Urbanistica e appalti*, 2015, p. 1177; G. Fanelli, “*L'assonomia delle modalità di esercizio della potestas iudicandi*” e tecnica decisoria dell'assorbimento in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1256; E. Follieri, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2192; L. R. Perfetti e G. Tropea, “*Heart of darkness*”: *L'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 205. Per la verità, secondo una dottrina le condizioni dell'azione sarebbero quattro perché dovrebbe considerarsi quale ulteriore condizione la meritevolezza con una finalità, evidentemente, restrittiva dell'accesso alla tutela giudiziale. Cfr., sul punto, M.F. Ghirga, *principi processuali e meritevolezza della tutela richiesta*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2020. Critica questo punto P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff*, *cit.*, p.112 e ss., ove si sottolinea la pericolosità di una “*teoria costruita in funzione restrittiva della tutela, ma che muove da presupposti indefiniti*” perché la stessa “*immette nel sistema un livello di incertezza che appare intollerabile anche per il rischio – cui si da la stura – di una svolta autoritaria e illiberale del diritto processuale*”.

[10] Tale impostazione, in realtà, è messa in dubbio da A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975 e da M. Clarich, *I poteri di impugnativa dell'Agem ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2013.

[11] L'espressione è di P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff*, *cit.*, p.122. Il riferimento è a G. Mannucci, *la tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016.

[12] V. Spagnuolo Vigorita, *Interesse pubblico e azione popolare nella legge-ponte per l'urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1967, II, p. 387 ss.; A.M. Sandulli, *L'azione popolare contro le licenze edilizie*, in *Scritti giuridici*, vol. VI, Napoli, 1990.

[13] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. N. 23/1977.

[14] Cons. Stato, sez. IV, n. 6082/2013, secondo cui “*La mera vicinitas, ossia l'esistenza di uno stabile collegamento con il terreno interessato dall'intervento edilizio, è sufficiente a comprovare la sussistenza sia della legittimazione che dell'interesse a ricorrere, senza che sia necessario al ricorrente anche allegare e provare di subire uno specifico pregiudizio per effetto dell'attività edificatoria intrapresa sul suolo limitrofo*”; Cons. Stato, sez. V, n. 360/1981, secondo cui “*Anche se, con l'entrata in vigore della l. n. 765 del 1967, ai fini della qualificazione dell'interesse dei terzi a ricorrere contro il rilascio di licenze edilizie è sufficiente quello di opporsi alla degradazione dell'ambiente anche da parte di chi pur non confinante, sia almeno insediato abitativamente in un complesso territoriale più ampio della zona stessa, ciò non significa che sia stata introdotta una nuova azione popolare che legittimi qualsiasi cittadino ad impugnare i provvedimenti; è pertanto carente di interesse chi si opponga ad una licenza edilizia adducendo la lesione di un interesse di natura tipicamente commerciale che deriverebbe dalla realizzazione dell'opera*”; Cass. civ., sez. un., n. 18493/2021, secondo cui “*La legittimazione dei proprietari d'immobili o dei residenti in un'area interessata da un intervento idraulico ad impugnare atti amministrativi incidenti sull'ambiente (in quanto opere riguardanti acque pubbliche) può fondarsi anche sul solo requisito della "vicinitas", il quale costituisce elemento di differenziazione di interessi qualificati - appartenenti ad una pluralità di soggetti facenti parte di una comunità identificata in base ad un prevalente criterio territoriale che evolvono in situazioni giuridiche tutelabili in giudizio - allorché l'attività conformativa dell'Amministrazione incida in un determinato ambito geografico, modificandone l'assetto nelle sue caratteristiche non soltanto urbanistiche, ma anche paesaggistiche, ecologiche e di salubrità, e venga nel contempo denunciata come foriera di rischi per la salute, senza che occorra la prova puntuale della concreta pericolosità dell'opera, né la ricerca di un soggetto collettivo che assuma la titolarità delle aree corrispondente situazione giuridica*”; in dottrina, si veda E. Travi, *Vicinitas e interesse a ricorrere*, *cit.*, il quale osserva che “*La nozione di vicinitas, oltre a identificare una posizione qualificata idonea a rappresentare la legittimazione a impugnare il titolo edilizio, avrebbe assorbito anche l'interesse a ricorrere: questo esito sembrava scontato nel momento in cui veniva dato rilievo anche soltanto a una relazione stabile con la «zona» e veniva superata la concezione che ancorava la legittimazione a ricorrere alla titolarità di un diritto reale su immobili confinanti. In questa logica anche l'interesse alla conservazione di un certo ordine urbanistico poteva ritenersi sufficiente ai fini dell'interesse a ricorrere e un interesse del genere sembrava già implicito nel ricorso proposto in forza della vicinitas*”.

[15] Si v., sul punto, C.G.A. per la regione siciliana, n. 759/2021, nel rimettere la questione all'Adunanza Plenaria.

[16] Cons. Stato, sez. III, n. 441/2016, secondo cui “*Seppure il criterio della vicinitas, al fine di radicare la legittimazione ad agire dei singoli per la tutela del bene ambiente, ha valore elastico, nel senso che si deve necessariamente estendere in ragione proporzionale all'ampiezza e rilevanza delle aree coinvolte, come nel caso di interventi rilevanti che incidono sulla qualità della vita dei residenti in gran parte del territorio, tuttavia non è sufficiente a radicare la legittimazione dei ricorrenti che non abbiano allegato pregiudizi diretti e differenziati*”; Cons. Stato, sez. II, n. 3440/2020; Cons. Stato, sez. IV, n. 1656/2019; Cons. Stato, sez. IV, n. 3843/2018.

[17] Cons. Stato, Ad. Plen. n. 22/2021. Per alcuni commenti, si vedano S. Tranquilli, *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, p. 201 ss.; F. Saitta, *C'era una volta un'azione popolare... mai nata*, in *Riv. giur. edil.*, 2021, p. 239 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*, 2022.

[18] Cons. Stato, Sez. II, n. 566/2021, secondo cui *"la vicinitas di un soggetto rispetto all'area e alle opere edilizie contestate, oltre ad incidere sull'interesse ad agire, induce a ritenere che lo stesso abbia potuto avere più facilmente conoscenza della loro entità anche prima della conclusione dei lavori"*; Tar Campania, Napoli, sez. II, n. 19/2022.

[19] Sulla portata della diligenza e del principio di affidamento si veda Cons. Stato, Ad. Plen. nn. 19/2021 e 20/2021.

[20] Cons. Stato, sez. IV, n. 7804/2022, n. 5607/2022; n. 245/2018, n. 5125/2016.

[21] Sulla portata del principio di autoresponsabilità nel diritto amministrativo cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 2915/2022 con nota di C. Napolitano, *Incertezza normativa e principio di autoresponsabilità degli operatori economici: sempre più verso una "Italia immobile"?*, in *giustiziaisieme.it*, 2022.

[22] A. Di Majo, *Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda?*, 2021, in *giustizia-amministrativa.it*. In giurisprudenza v. Cons. Stato, sez. III, n. 6753/2022.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2682 – 1 marzo 2023

Note sul procedimento di localizzazione e approvazione delle opere pubbliche nello schema di codice dei contratti dopo il parere della Conferenza unificata[*]

di Pier Luigi Portaluri

1. È anzitutto opportuno definire la cornice normativa al cui interno operano le Commissioni parlamentari chiamate a pronunciarsi sullo schema di decreto legislativo recante il codice dei contratti pubblici (*breviter*, SCC).

Come noto, l'art. 1, comma 4, 3° e 4° periodo, l. 21 giugno 2022, n. 78 (rubricato «*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*»), prevede: «*Ove il parere delle Commissioni parlamentari indichi specificamente talune disposizioni come non conformi ai principi e criteri direttivi di cui alla presente legge, il Governo, qualora non intenda conformarsi ai pareri parlamentari, trasmette nuovamente i testi alle Camere con le sue osservazioni e con eventuali modificazioni, corredate dei necessari elementi integrativi di informazione e motivazione. Le Commissioni competenti per materia possono esprimersi sulle osservazioni del Governo entro dieci giorni dall'assegnazione; decorso tale termine il decreto legislativo può essere comunque emanato.*».

La norma è chiara nell'attribuire alle Commissioni parlamentari il potere di sindacare – sia pur in sede consultiva – la conformità delle disposizioni codicistiche ai principi e ai criteri direttivi contenuti nella legge delega: onde, poi, il ritorno alle Camere (e quindi alle Commissioni stesse) qualora il Governo non intenda conformarsi ai pareri parlamentari.

Poiché parametro di una tale verifica sono, ovviamente, le dorsali regolative desumibili dalla normazione delegante, trovo arduo – a pena di una vacua ineffettività dell'apporto di Camera e Senato – sostenere che il ruolo delle Commissioni non possa spingersi sino a individuare nel dettaglio i profili ritenuti dissonanti rispetto all'armatura concettuale consegnata dalla l. n. 78/'22.

Vi sono, peraltro, basi positive che orientano in questo senso. Infatti, il parere delle Commissioni – puntualizza il 3° periodo cit. – può indicare «*specificamente talune disposizioni*».

Si tratta, pertanto, di una verifica di compatibilità che può sia essere di sistema, concernendo le scelte e i nodi d'apice che connotano lo schema di codice; sia riguardare – restringendo progressivamente l'angolo visuale – blocchi organici di disposizioni; sia giungere, infine, all'analisi critica di una singola disposizione. Uno spettro d'azione così ampio implica di necessità un altrettale potere “consultivo”: per cui le Commissioni potranno esprimere pareri che riguardino l'intelaiatura normativa generale, ovvero – all'opposto – che focalizzino questioni meno strutturali.

Inerisce naturalmente a uno *spatium consulendi* così largo l'eventualità che le Commissioni non si limitino a esporre il proprio avviso sull'articolato in esame, ma che invece proponano – sopra tutto ove si tratti di interventi su disposizioni singole (cfr. il 3° periodo cit.) – anche modalità *concrete* di superamento delle criticità rilevate. In altre parole, ritengo che il potere di proposta emendativa sia interno alla loro sfera d'azione.

Altra conferma, sia pure indiretta, ci viene dal parere *ex art.* 8, d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, che la Conferenza unificata – in base all'art. 1, comma 4, 1° periodo, l. n. 78/'22 cit. – ha reso in senso favorevole «*nei termini di cui in premessa e di cui agli allegati documenti, che costituiscono parte integrante del presente atto*».

A loro volta, questi allegati sono tre:

- la «*Posizione sullo schema di decreto legislativo recante “Codice dei contratti pubblici”*» del 26 gennaio 2023, n. 23/06/CU06/C4, espressa dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome: il documento si suddivide, al suo interno, in *emendamenti* prioritari, da una parte, ed *emendamenti* meramente collaborativi, dall'altra parte; come vedremo, l'emendamento n. 3 prende espressamente in considerazione il nostro art. 38, comma 11, e propone di sopprimerne alcune parti fondamentali;

- il «*Parere sullo schema di decreto legislativo recante “Codice dei contratti pubblici”*», reso da ANCI sempre il 26 gennaio scorso, che però non si occupa del nostro tema;

- il coevo «*Contributo UPI*», che – come ANCI – non affronta la questione.

In sintesi, recependo la citata *Posizione* della Conferenza delle Regioni, la Conferenza unificata ha formulato proposte *emendative* puntualissime: e ciò, si noti, pur in assenza di una norma della l. n. 78/'22 che – a differenza di quanto previsto dall'art. 1, comma 4, 3° periodo, cit., per le Commissioni parlamentari – quel potere conferisca.

Mi pare inutile soffermarmi, a questo punto, sulla contrarietà al senso del diritto positivo e comunque sulla illogicità di un'interpretazione restrittiva che negasse alle Commissioni parlamentari il potere di formulare pareri corredati da specifiche proposte emendative.

Possiamo quindi passare all'esame della norma oggetto delle mie riflessioni.

2. L'art. 38 SCC – rubricato «*Localizzazione e approvazione del progetto delle opere*» – nel suo comma 11 stabilisce: «*Nella procedura di cui al presente articolo, le determinazioni delle amministrazioni diverse dalla stazione appaltante o dall'ente concedente e comunque coinvolte ai sensi dell'articolo 14-bis, comma 3, della legge n. 241 del 1990, in qualsiasi caso di dissenso o non completo assenso, non possono limitarsi a esprimere contrarietà alla realizzazione delle opere o degli impianti, ma devono, in ogni caso, a pena di*

decadenza, indicare le prescrizioni e le misure mitigatrici che rendano compatibile l'opera e possibile l'assenso. Tali prescrizioni sono determinate conformemente ai principi di proporzionalità, efficacia e sostenibilità finanziaria dell'intervento risultante dal progetto originariamente presentato. Le disposizioni di cui al primo e secondo periodo si applicano, senza deroghe, a tutte le amministrazioni comunque partecipanti alla conferenza, incluse quelle titolari delle competenze in materia urbanistica, paesaggistica, archeologica e del patrimonio culturale.».

La disposizione potrebbe essere ritenuta, *ma solo se ci si ferma a un'interpretazione letterale*, un altro passo della traiettoria che l'ordinamento sta percorrendo da qualche tempo verso la *parificazione* e l'*amministrativizzazione spolitizzante* di tutti gli interessi pubblici: inclusi quelli *sensibili*.

Per chiarezza, conviene rifare questo cammino a ritroso.

3. Se identifichiamo come punto di partenza il 1990, e dunque la l. n. 241, l'assetto iniziale è abbastanza chiaro. Di segno opposto all'attuale, però: gli interessi pubblici sono gerarchizzati e anche in modo ben delineato. Infatti le regole acceleratorie del modulo conferenziale *ex art. 14*, comma 3, l. n. 241/'90 (silenzio assenso dell'amministrazione convocata ma assente, salve possibilità marginali di dissenso postumo) non si applicano *«alle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini»* (comma 4): chiamate cioè a tutelare – o a difendere, se si preferisce – quei tre interessi.

4. Il quadro cambia abbastanza presto.

La l. n. 127/'97 (la nota legge Bassanini-*bis*) sostituisce il comma 4 appena ricordato con un altro, di ispirazione diversa: non più una protezione tendenzialmente *assoluta* dei super-interessi, ma una *conflittualizzazione* e *politizzazione* del tema.

In caso di motivato dissenso espresso da una Amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute dei cittadini, la p.A. procedente – purché non vi sia stata una pregressa valutazione di impatto ambientale negativa – può investire della questione il Presidente del Consiglio dei ministri, che si esprime previa deliberazione del Consiglio dei ministri.

Come si vede, gli interessi sensibili cessano di essere sottratti alla logica del bilanciamento ponderativo, nella quale sono ora fatti entrare senza riserve: l'unica particolarità, certo non secondaria, è appunto la devoluzione del contrasto al decisore politico d'apice.

5. Camminando svelti, ricordiamo adesso la l. n. 124/'15 (c.d. Madia), il cui art. 3 introduce nella l. n. 241/'90 l'art. 17-*bis*: si arriva così a estendere il modello del silenzio assenso ai procedimenti che coinvolgono una pluralità di Amministrazioni pubbliche, anche se si tratti di *«amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini»*. L'unica differenza è data dal termine per la formazione del provvedimento tacito: trenta giorni per le pp.AA. che tutelano interessi "ordinari", novanta per quelle preposte alla gestione di interessi sensibili.

Ma ciò non significa semplicemente imprimere una accelerazione ai procedimenti.

Vi è una scelta sottostante ben precisa, che presuppone e implica una modifica nella tavola dei valori protetti, cioè nella loro gerarchia. In generale, il modello del silenzio-assenso presuppone un ripensamento al ribasso del rilievo endoconferenziale attribuito ad alcune Amministrazioni e agli interessi della cui cura sono attributarie.

In altre parole, l'art. 17-*bis* genera una dequotazione *sostanziale* degli interessi sensibili. La maggior durata del termine previsto per la formazione del silenzio (novanta giorni in luogo di trenta) sta a indicare una differenza che è oramai solo *quantitativa*, non più *qualitativa*.

Resta operativo il meccanismo di *conflittualizzazione* e *politicizzazione* del mancato accordo tra le Amministrazioni coinvolte, incluse quelle preposte alla «*tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini*»: l'art. 17-*bis* prevede infatti che in questi casi «*il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento*».

6. Mi soffermo ora sull'ecosistema normativo del PNRR perché, come vedremo, si trova qui il modello cui s'ispira l'art. 38 SCC.

Con la normazione PNRR l'ordinamento raggiunge un traguardo inseguito a lungo: l'unicità del procedimento al cui interno si forma la decisione finale rilevante per il governo del territorio, sopra tutto con riguardo a interventi infrastrutturali (puntuali o a rete che siano). Meta non priva però di conseguenze: comprimere nel tempo e nello "spazio" giuridico l'acquisizione degli interessi (anche) pubblici comporta la riduzione – se non l'eliminazione – delle manifestazioni *dissensuali*.

È quello che, almeno a mio avviso, ha perseguito quella normazione, in particolare il d.l. n. 77/21 (c.d. «*Semplificazioni-bis*»).

Mi limito a richiamare l'art. 44, d.l. cit.: rubricato «*opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto*», tratta di alcune specifiche infrastrutture ferroviarie, idriche e portuali.

Questo il comma 4, che la Relazione illustrativa allo schema di codice licenziato dalla Commissione Carbone richiama come modello ispiratore: «*[...] la stazione appaltante convoca la conferenza di servizi per l'approvazione del progetto ai sensi dell'articolo 27, comma 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. La conferenza di servizi è svolta in forma semplificata ai sensi dell'articolo 14-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 e nel corso di essa, ferme restando le prerogative dell'autorità competente in materia di VIA, sono acquisite e valutate le eventuali prescrizioni e direttive adottate dal Consiglio superiore dei lavori pubblici ai sensi del secondo periodo del comma 1, nonché gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte secondo le modalità di cui all'articolo 46 del presente decreto, della verifica preventiva dell'interesse archeologico e della valutazione di impatto ambientale. La determinazione conclusiva della conferenza approva il progetto e tiene luogo dei pareri, nulla osta e autorizzazioni necessari ai fini della localizzazione dell'opera, della conformità urbanistica e paesaggistica dell'intervento, della risoluzione delle interferenze e delle relative opere mitigatrici e compensative. La determinazione conclusiva della conferenza perfeziona, ad ogni fine urbanistico ed edilizio, l'intesa tra Stato e regione o provincia autonoma, in ordine alla localizzazione dell'opera, ha effetto di variante degli strumenti urbanistici vigenti e comprende il provvedimento di VIA e i titoli abilitativi rilasciati per la realizzazione e l'esercizio del progetto, recandone l'indicazione esplicita.*».

Non sono previsti, *nel testo della norma*, meccanismi per sollevare conflitto e quindi per politicizzarlo.

Per cui – restando all'interno dell'ecosistema PNRR – dovrebbe trovare applicazione o l'art. 13, d.l. n. 77/'21, rubricato «*Superamento del dissenso*», secondo cui «*In caso di dissenso, diniego, opposizione o altro atto equivalente proveniente da un organo statale che, secondo la legislazione vigente, sia idoneo a precludere, in tutto o in parte, la realizzazione di un intervento rientrante nel PNRR, la Segreteria tecnica di cui all'articolo 4, anche su impulso del Servizio centrale per il PNRR, ove un meccanismo di superamento del dissenso non sia già previsto dalle vigenti disposizioni, propone al Presidente del Consiglio dei ministri, entro i successivi cinque giorni, di sottoporre la questione all'esame del Consiglio dei ministri per le conseguenti determinazioni; ovvero – razione materiae – il meccanismo preventivo ex art. 29, comma 2, d.l. n. 77/'21, che istituisce una Soprintendenza «speciale» (cioè unica) per il PNRR. Norma, questa, che esautora stabilmente le articolazioni ministeriali territoriali, spogliandole delle funzioni di tutela ove si tratti di beni culturali e paesaggistici che siano «interessati da interventi previsti dal PNRR sottoposti a VIA in sede statale» oppure che «rientrano nella competenza territoriale di almeno due uffici periferici del Ministero». Sempre in base all'art. 29, comma 2, cit., poi, «in caso di necessità e per assicurare la tempestiva attuazione del PNRR, la Soprintendenza speciale può esercitare, con riguardo a ulteriori interventi strategici del PNRR, i poteri di avocazione e sostituzione» nei confronti delle Soprintendenze periferiche.*

7. Possiamo adesso esaminare l'art. 38, comma 11, SCC.

Preferisco, per comodità di analisi, riportarne nuovamente il testo: «*Nella procedura di cui al presente articolo, le determinazioni delle amministrazioni diverse dalla stazione appaltante o dall'ente concedente e comunque coinvolte ai sensi dell'articolo 14-bis, comma 3, della legge n. 241 del 1990, in qualsiasi caso di dissenso o non completo assenso, non possono limitarsi a esprimere contrarietà alla realizzazione delle opere o degli impianti, ma devono, in ogni caso, a pena di decadenza, indicare le prescrizioni e le misure mitigatrici che rendano compatibile l'opera e possibile l'assenso. Tali prescrizioni sono determinate conformemente ai principi di proporzionalità, efficacia e sostenibilità finanziaria dell'intervento risultante dal progetto originariamente presentato. Le disposizioni di cui al primo e secondo periodo si applicano, senza deroghe, a tutte le amministrazioni comunque partecipanti alla conferenza, incluse quelle titolari delle competenze in materia urbanistica, paesaggistica, archeologica e del patrimonio culturale.*».

Come dicevo al punto 2., se ci fermassimo alla lettera, quella disposizione ben potrebbe essere inserita nella traiettoria ordinamentale verso la “scomparsa” degli interessi sensibili, non più intesi come valori collettivi giuridicizzati in modo *differenziato* rispetto a tutti gli altri. La comunanza di regolazione fra le due categorie di interessi (“ordinari” e sensibili) sarebbe confermata dall'inciso «*senza deroghe*» che – in quanto posto all'interno di un periodo che è già deontico-performativo («*si applicano a tutte le amministrazioni*» – avrebbe un effetto di senso rafforzativo.

In breve, la disposizione esprimerebbe una declinazione *forte* del principio di unicità procedimentale, perché vi assoggetterebbe anche le Amministrazioni titolari di interessi sensibili.

Peraltro, il richiamo all'art. 44, comma 4, d.l. n. 77/'21, cit. – contenuto, come ho detto, nella Relazione illustrativa (che correttamente si autodefinisce *Gesetzesmaterial*) della Commissione Carbone – *sembrerebbe* confermare questa interpretazione.

Andiamo oltre, però, l'approccio letterale e asistemico.

A me pare – lo dico subito – che l’art. 38, comma 11, SCC, non possa essere interpretato nel senso di definire *nella loro interessezza* i diritti procedurali delle Amministrazioni titolari di interessi sensibili. Ove così fosse – qualora cioè queste pp.AA. vedessero esaurirsi il loro ruolo nell’espressione di un dissenso che dev’esser non solo costruttivo, ma anche tale da non comportare modifiche sproporzionate, inefficaci o tali da rendere irrealizzabile il progetto originario per insostenibile aumento dei costi – si porrebbero forse problemi di compatibilità con l’art. 9 Cost.

Privare *tout court* – cioè senza contrappesi e compensazioni – le Soprintendenze del potere di veto significherebbe in concreto che ogni progetto deve essere *comunque* approvato e realizzato; e che eventuali modifiche sarebbero ammissibili solo se non comportassero un aggravio di costi. Per fare un esempio, una Soprintendenza non solo non potrebbe opporsi a un progetto di strada che attraversasse un sito archeologico; ma non potrebbe neanche proporre una modifica del percorso viario che giri intorno a quel sito: una tale variante sarebbe molto probabilmente inammissibile poiché comporterebbe un allungamento del tracciato e dunque un aumento – magari trascurabile – della spesa.

S’impone dunque, come prima cosa, un’interpretazione *estensiva* dei concetti giuridici indeterminati che connotano i requisiti della proposta ammissibile: «proporzionalità», «efficacia», «sostenibilità finanziaria» rispetto al progetto originario arrivato in conferenza di servizi.

Se si volesse comunque elidere anche la sola possibilità, il solo rischio, di un’interpretazione del concetto di sostenibilità finanziaria in termini di *rigida* invarianza dei costi progettuali, non c’è altra via che quella dell’emendamento. In questo caso si potrebbero aggiungere, dopo la parola «efficienza», le parole «nonché, se comportano un aumento dei costi».

In questo modo, la norma riconoscerebbe implicitamente la possibilità di un incremento dell’esborso. E l’esigenza di sostenibilità verrebbe a costituire non una tagliola per espellere automaticamente qualunque proposta che comporti un sia pur minimo aumento dei costi, ma una soglia – elastica, perché da determinare caso per caso mediante discrezionalità tecnica – che solo in caso di suo sfioramento renderebbe inammissibile la variante indicata.

Tuttavia il problema, sebbene mitigato, resta.

La sottrazione del potere di veto, ancorché compensato da un potere di proposta ragionevolmente ampio (nei termini e limiti appena indicati), darebbe comunque vita a un modello che qualifica nella sua complessità e articolazione la posizione delle Amministrazioni differenziate all’interno della conferenza di cui all’art. 38.

Ci si deve domandare, insomma, se lo scrutinio di costituzionalità di cui dicevo debba essere riferito unicamente a *questo* schema procedimentale, oppure se la disposizione in esame esaurisca o meno la posizione (e i poteri) di tali, particolari pp.AA.

Due argomenti letterali indurrebbero a ritenere che queste pp.AA. – anche se orbate del *ius vetandi* assoluto (la c.d. opzione zero, che blocca irrimediabilmente il progetto) – conservino comunque il potere di *escalation*, cioè di devolvere la loro opposizione alla deliberazione dell’organo politico d’apice, il Presidente del Consiglio dei ministri.

Il primo argomento discende dal comma 1 dell'art. 38: «*L'approvazione dei progetti da parte delle amministrazioni è effettuata in conformità alla legge 7 agosto 1990, n. 241 [...]».*

Per dare un senso alla disposizione, altrimenti ridondante, si deve ritenere che essa non contenga una inutile clausola di stile, ma rinvii a quella legge con pienezza di effetti giuridici: rimandi, ai nostri fini, all'intero sistema delle decisioni conferenziali di cui agli artt. 14 – 14-*quinquies*.

Ed è proprio l'art. 14-*quinquies* che viene qui in rilievo: «*Avverso la determinazione motivata di conclusione della conferenza, entro 10 giorni dalla sua comunicazione, le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini possono proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri a condizione che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza. Per le amministrazioni statali l'opposizione è proposta dal Ministro competente.*» (comma 1).

È vero: fra le due disposizioni si pone un problema di coordinamento, che però può essere superato. L'art. 38, comma 11, impone infatti alla p.A., a pena di decadenza, di articolare un dissenso *costruttivo*; mentre l'art. 14-*quinquies* ritiene sufficiente ad attivare l'*escalation* l'espressione, da parte dell'Amministrazione, di un dissenso meramente *oppositivo* (purché motivato).

Ne deriverebbe, sempre restando *intra litteram*, che se la p.A. esprimesse un dissenso oppositivo all'interno della conferenza *ex art. 38*, comma 11, esso sarebbe inammissibile e dunque non produrrebbe gli effetti devolutivi di cui all'art. 14-*quinquies*.

In realtà, si può comporre la questione ritenendo che il dissenso oppositivo comporti una sorta di inammissibilità *relativa*: le motivazioni contenute a corredo e supporto, anche se particolarmente stringenti, non entreranno in comparazione, ma l'opposizione produrrà comunque l'effetto devolutivo dell'affare all'organo politico.

In sostanza, le pp.AA. titolari di interessi sensibili avrebbero due strade avanti a sé, percorribili alternativamente.

La prima, *ex art. 38*, comma 11, SCC: esprimere un dissenso costruttivo.

La seconda, *ex art. 14-quinquies*, l. n. 241/'90: formulare un dissenso oppositivo, da cui l'*escalation* politica della questione.

Quelle pp.AA. perderebbero dunque il potere di veto, ma non anche quello devolutivo.

Dicevo che vi sarebbe un secondo argomento a sostegno di questa lettura. È un po' più formale, e non privo di ambiguità.

Secondo il comma 9 dell'art. 38 in esame «*La conferenza di servizi si conclude nel termine di 60 giorni dalla sua convocazione, prorogabile, su richiesta motivata delle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi di cui all'articolo 14-quinquies, comma 1, della citata legge n. 241 del 1990, una sola volta per non più di 10 giorni. [...]».*

Questo comma contiene l'espressa *nominazione* sia delle Amministrazioni in esame, sia dell'art. 14-*quinquies* cit.

Se ne possono trarre due letture, opposte tuttavia negli esiti.

La prima valorizza il (mero) richiamo dell'art. 14-*quinquies* per dedurne l'applicabilità *in toto* della disposizione: l'*escalation* sarebbe sempre consentita, anche sulla base di una ermeneusi più ispirata dall'art. 9 Cost.

La seconda, invece, enfatizza la possibilità di prorogare la conferenza su richiesta di quelle stesse Amministrazioni per inferirne che ciò esaurisce il loro spazio d'azione *anche esoprocedimentale*: nessuna devoluzione al livello politico, dunque, sarebbe prevista.

8. Più sopra, al punto 1., ho accennato al parere reso dalla Conferenza unificata il 26 gennaio 2023 e alla coeva «*Posizione sullo schema di decreto legislativo recante "Codice dei contratti pubblici"*», espressa dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e recepita integralmente da quel parere.

Ho pure detto che l'emendamento prioritario n. 3 della *Posizione* si occupa proprio dell'art. 38, comma 11, SCC, proponendo di eliderne e modificarne alcune parti di importanza primaria.

Ne risulterebbe questo testo (uso il condizionale perché il complesso degli interventi conduce a una disposizione già sintatticamente di non facile lettura): «*Nella procedura di cui al presente articolo, le determinazioni delle amministrazioni diverse dalla stazione appaltante e comunque coinvolte esprimono il proprio parere ai sensi dell'articolo 14-bis, comma 3, della citata legge n. 241 del 1990, in qualsiasi caso di dissenso o non completo assenso, devono indicare le prescrizioni che, ove possibile, rendono compatibile l'opera e possibile l'assenso. Tali prescrizioni sono determinate conformemente ai principi di proporzionalità, efficacia e sostenibilità finanziaria dell'intervento risultante dal progetto originariamente presentato. Le disposizioni di cui ai periodi precedenti si applicano, senza deroghe, a tutte le amministrazioni comunque partecipanti alla conferenza, incluse quelle titolari delle competenze in materia urbanistica, paesaggistica, archeologica e del patrimonio culturale.*».

Par di comprendere, in breve, che si vorrebbe attribuire a *tutte* le Amministrazioni partecipanti il potere di veto: il dissenso, infatti, non deve più essere necessariamente costruttivo, come rivela l'inciso «*ove possibile*» riferito all'indicazione delle prescrizioni che «*rendano compatibile l'opera e possibile l'assenso*».

È però un modello che ritengo passatista e massimalista all'un tempo. Se non m'inganno, si perderebbe infatti la gerarchizzazione degli interessi procedendo però in senso vettorialmente opposto rispetto alla traiettoria di cui dicevo all'inizio: non una compressione verso il basso degli interessi sensibili, tendenzialmente parificati agli altri; ma una "elevazione" di questi ultimi, che andrebbero a comporre – insieme ai primi – un'indistinta panoplia capace di paralizzare qualunque processo decisionale.

La citata *Posizione* (e dunque la Conferenza unificata), tuttavia, «*chiede di proseguire il confronto sugli ulteriori temi, sempre inseriti tra quelli prioritari, (es. conferenza dei servizi [...]) sui quali ancora non si è raggiunta una condivisione*»; e precisa che su questi emendamenti «*è tuttora in corso un'interlocuzione con il MIT su iniziativa del Ministero stesso*». Con riferimento specifico all'art. 38,

comma 11, poi, la *Posizione* precisa: «*Pur comprendendo la ratio della norma, si propone di valutare l'opportunità di mantenere il comma stanti le disposizioni già vigenti della l. 241/90*».

La Conferenza, in somma, non ha ancora assunto un orientamento definitivo.

9. Il lavoro interpretativo sull'art. 38, comma 11, SCC, sembra condurre ai risultati che ho sin qui indicato.

Non intendo nascondere le *penumbrae* esegetiche che restano.

Se si ritenesse comunque preferibile proporre l'eliminazione di questi dubbi ermeneutici, e si condividesse il modello secondo cui le pp.AA. che gestiscono interessi sensibili possono alternativamente esprimere un dissenso costruttivo oppure formulare un dissenso oppositivo che provoca l'*escalation* politica, le Commissioni parlamentari competenti potrebbero formulare il proprio parere nel senso di proporre un intervento sul testo attuale dell'art. 38, comma 11, SCC.

Si potrebbe, dunque, consultivamente proporre di aggiungere, dopo il terzo periodo del citato comma 11, il seguente: «*Restano comunque esperibili i rimedi di cui all'art. 14-quinquies della legge n. 241 del 1990*».

10. Indico, in fine, alcune possibili modifiche del testo del comma 11 che riguardano solo il *drafting*.

a) Poiché il testo adopera la parola «*determinazioni*» con riguardo agli atti di alcune pp.AA. partecipanti («*[...] le determinazioni delle amministrazioni diverse dalla stazione appaltante [...]*»), appare preferibile non usare nuovamente, non essendo un tecnicismo, una forma/voce della stessa famiglia lessicale con riferimento alle prescrizioni di quelle pp.AA. («*sono determinate*»). Si potrebbero quindi sostituire le parole «*[...] sono determinate conformemente*» con le parole «*[...] devono essere conformi*».

b) Poiché le pp.AA. partecipanti possono indicare sia «*prescrizioni*», sia «*misure mitigatrici*», l'uso della sola parola «*prescrizioni*» nel periodo successivo («*Tali prescrizioni [...]*») potrebbe far ritenere che quelle pp.AA. possano indicare solo prescrizioni e non anche misure mitigatrici. Si potrebbe quindi sostituire la parola «*prescrizioni*» con la parola «*indicazioni*», che fungerebbe da vero e proprio *incapsulatore semantico*.

11. In definitiva, le Commissioni parlamentari potrebbero sul punto esprimere il proprio parere proponendo questo testo dell'art. 38, comma 11, cit.:

«11. Nella procedura di cui al presente articolo, le determinazioni delle amministrazioni diverse dalla stazione appaltante o dall'ente concedente e comunque coinvolte ai sensi dell'articolo 14-bis, comma 3, della legge n. 241 del 1990, in qualsiasi caso di dissenso o non completo assenso, non possono limitarsi a esprimere contrarietà alla realizzazione delle opere o degli impianti, ma devono, in ogni caso, a pena di inammissibilità, indicare le prescrizioni e le misure mitigatrici che rendano compatibile l'opera e possibile l'assenso. Tali indicazioni devono essere conformi ai principi di proporzionalità e di efficacia nonché, se comportano un aumento dei costi, di sostenibilità finanziaria dell'intervento risultante dal progetto originariamente presentato. Le disposizioni di cui al primo e secondo periodo si applicano, senza deroghe, a tutte le amministrazioni comunque partecipanti alla conferenza, incluse quelle titolari delle competenze in materia urbanistica,

paesaggistica, archeologica e del patrimonio culturale. Restano comunque esperibili i rimedi di cui all'art. 14-quinquies della legge n. 241 del 1990».

[*] Questo scritto riprende i contenuti delle mie audizioni svoltesi il 23 gennaio 2023 innanzi all'VIII Commissione (Ambiente, territorio e lavori pubblici) della Camera, e il 1° febbraio 2023 davanti all'VIII Commissione (Ambiente, transizione ecologica, energia, lavori pubblici, comunicazioni, innovazione tecnologica) del Senato nell'ambito dei lavori parlamentari inerenti al parere da rendere sullo «Schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici» (Atto del Governo n. 19): di qui la presenza di mie proposte emendative rispetto al testo della disposizione esaminata.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2693 – 9 marzo 2023

La pre-definizione dei criteri della decisione: un succedaneo della motivazione? Appunti su punteggio numerico e motivazione dei provvedimenti tecnico-discrezionali (nota a Consiglio di Stato, sez. VII, 29 dicembre 2022, n. 11693)

di Marco Ragusa

Sommario: 1. La fattispecie - 2. Obbligo di motivazione, punteggio numerico e pre-definizione dei criteri - 3. L'accesso diretto al fatto nel giudizio amministrativo: una conquista illusoria? - 4. Brevi conclusioni.

1. La fattispecie

La sentenza che si annota ha confermato una decisione con cui il Tar Lazio[1] aveva respinto il ricorso presentato da un'associazione culturale avverso il decreto della Direzione generale Spettacolo del MIBACT, recante l'approvazione dei progetti artistici a cui destinare il Fondo unico dello spettacolo per il triennio 2015-2017: provvedimento che aveva escluso dal novero dei beneficiari la ricorrente a causa della insufficiente “qualità artistica” del progetto da questa presentato.

Siffatto giudizio era stato espresso della Commissione consultiva competente – in applicazione dei criteri di valutazione indicati dalle tabelle di cui all'allegato B del d.m. 1 luglio 2014[2] – mediante l'attribuzione di un punteggio numerico al progetto stesso[3] e su tale aspetto della decisione amministrativa erano imperniati i primi due motivi di appello (sostanzialmente corrispondenti ai primi due motivi di ricorso in primo grado)[4].

Secondo la tesi dell'appellante, il provvedimento avrebbe dovuto essere annullato, innanzitutto, perché il punteggio attribuito dall'amministrazione, a monte, non trovava un'adeguata giustificazione nei (troppo generici) criteri definiti dal d.m. del 2014 e, a valle, esso non era assistito da una motivazione che esplicitasse le ragioni poste a fondamento della decisione (primo motivo di appello). D'altronde, anche in considerazione del difetto di una adeguata griglia di criteri predeterminati e di una specifica motivazione, la decisione del MIBACT si palesava illogica, ignorando le qualità che il progetto, invece, possedeva e che avrebbero dovuto condurre alla sua ammissione a finanziamento (secondo motivo di appello). Da qui la dedotta erroneità della sentenza di primo grado che, discostandosi da tale ricostruzione, aveva respinto entrambi i motivi di ricorso.

Il primo motivo di gravame è stato ritenuto infondato dal Consiglio di Stato con argomenti idonei a sorreggere una statuizione di inammissibilità^[5]: "l'appellante", afferma la sentenza, "contesta il metodo dell'attribuzione del punteggio numerico in assoluto, ma senza superare gli argomenti contenuti nella motivazione della sentenza impugnata, che invece hanno riconosciuto la legittimità di tale metodo in relazione all'adeguata predeterminazione dei criteri di attribuzione"^[6].

Il rigetto del secondo motivo è stato giustificato, invece, sulla base dell'inidoneità degli argomenti dell'appellante a confutare la statuizione (di inammissibilità) con cui il Tar aveva respinto le censure mosse in primo grado in punto di ragionevolezza (nel metodo e nell'esito) della valutazione effettuata dall'amministrazione con riferimento alla qualità artistica del progetto. Il punto nodale della motivazione della sentenza impugnata è integralmente riprodotto da quella d'appello, che lo fa proprio: "[se] è vero che la commissione che deve esaminare le domande e i progetti [...] gode di ampia discrezionalità [e che] i relativi giudizi sono insindacabili in sede giurisdizionale a meno che non vengano in rilievo manifeste illogicità o erroneità nella valutazione [...], non rinvenendosi alcuna manifesta arbitrarietà nel giudizio della commissione e non potendo questo giudice approfondire ulteriormente lo scrutinio tecnico [...], non possono accogliersi le censure [...] aventi quale bersaglio la valutazione del progetto operata dalla commissione per il criterio della qualità artistica" ^[7].

La pronuncia offre lo spunto per alcune brevi riflessioni concernenti sia la problematica della motivazione del provvedimento amministrativo resa mediante un voto o un punteggio numerico (§ 2), sia quella della sindacabilità della discrezionalità tecnica, con specifico riferimento alle ipotesi in cui questa sia esercitata dall'amministrazione per mezzo di provvedimenti motivati, appunto, mediante la 'quantificazione' di un voto o di un punteggio (§ 3).

2. Obbligo di motivazione, punteggio numerico e pre-definizione dei criteri

Si è già detto che la sentenza in commento non si sofferma molto sulla censura dell'appellante avente a oggetto l'inidoneità del punteggio numerico a costituire una motivazione conforme al paradigma di cui all'art. 3 l. n. 241/1990. Se è vero che, in materia di erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari e vantaggi economici di qualunque genere, la motivazione del provvedimento ha la precipua funzione di dimostrare la "effettiva osservanza dei criteri e delle modalità" che l'amministrazione è tenuta a predeterminare (art. 12, c. 2, l. n. 241/1990), è altrettanto vero, secondo il Consiglio di Stato, che tale funzione

possa essere assolta dall'indicazione, nel provvedimento, di un valore numerico che faccia applicazione di quei criteri e di quelle modalità, a condizione che questi ultimi risultino definiti in modo adeguato. E poiché tale condizione era stata accertata, con riferimento ai criteri di cui all'allegato B del d.m. 1 luglio 2014, dalla sentenza di primo grado, l'appellante non avrebbe potuto ottenere la riforma di quest'ultima limitandosi a reiterare una opposta lettura dei fatti (l'inadeguatezza dei criteri) e la contestazione, in termini astratti e assoluti, della idoneità di un numero a tenere luogo della indicazione dei "presupposti di fatto" e delle "ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria" (art. 3, c. 1, l. n. 241/1990).

Nulla di sorprendente: così argomentando, il giudice d'appello si è conformato all'indirizzo di massima che può ormai dirsi consolidato nella giurisprudenza amministrativa in materia di motivazione per punteggio numerico; indirizzo secondo il quale, ove il procedimento che conduce alla 'quantificazione' della decisione si conformi a criteri di accertamento stabiliti anteriormente all'istruttoria, il provvedimento finale non deve contenere una motivazione intesa come "discorso giustificativo"^[8], poiché è il numero a esprimere e sintetizzare "in modo adeguato il giudizio tecnico-discrezionale [...], contenendo in sé la sua motivazione, senza bisogno di ulteriori spiegazioni e chiarimenti"^[9].

È noto che tale orientamento si è formato principalmente nell'ambito di controversie in materia di concorsi e di esami pubblici e che, con riferimento alle modalità di valutazione delle prove previste per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato, esso si è consolidato al punto da essere considerato (in difetto di un espresso supporto normativo) come "diritto vivente" dalla Corte costituzionale^[10], che nel 2011 ne ha peraltro avallato i presupposti sistematici e le conclusioni^[11].

Gli argomenti posti dalla giurisprudenza amministrativa a fondamento di questa posizione interpretativa sono stati principalmente tre.

Il primo, più risalente e radicale, concerne il tipo di decisione che il voto numerico è destinato a motivare, tipo che non sarebbe *tout court* riconducibile alla nozione di provvedimento accolta dall'art. 3 della l. n. 241/1990: "l'obbligo di motivazione [...] riguarda espressamente la vera e propria attività provvedimentale della Pubblica Amministrazione, e non può essere quindi esteso ai semplici giudizi e alle valutazioni amministrative"^[12].

Se non è più consueto ritrovare tale impostazione tra gli argomenti addotti a fondamento delle decisioni della giurisprudenza più recente – nella quale è rinvenibile, più di frequente, una sua formulazione attenuata^[13] – ciò è probabilmente dovuto al fatto che essa si pone in troppo stridente contrasto con la lettera dell'art. 3 della legge sul procedimento, che espressamente assoggetta all'obbligo di motivazione anche i provvedimenti concernenti "lo svolgimento dei pubblici concorsi". La nozione di provvedimento accolta dall'art. 3 cit., si è peraltro osservato, non può in ogni caso che essere riferita a ogni atto amministrativo che sia conclusivo di un procedimento o che sia comunque idoneo a produrre effetti costitutivi sulla sfera giuridica del destinatario^[14].

L'argomento della natura non-provvedimentale di valutazioni e giudizi, del resto, pur sollevato dalla difesa erariale come eccezione alla questione di costituzionalità delle norme integrative e di attuazione del regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578, non è fra quelli che la Corte ha posto a fondamento della citata pronuncia di rigetto del 2011, la quale ha

invece sposato altre due ragioni che a tutt'oggi sorreggono l'indirizzo della prevalente giurisprudenza amministrativa in materia di motivazione resa mediante voto o punteggio numerico.

La prima di tali ragioni, che maggiormente rileva in questa sede, è quella richiamata dalla sentenza in commento nei passi sopra riportati. Essa è fondata sull'idea che il voto rappresenti una metodologia di motivare conforme al paradigma formalmente definito dall'art. 3 della legge sul procedimento, nella misura in cui esso costituisce applicazione di “specifici parametri di riferimento”^[15] pre-definiti dalla legge, da atti amministrativi generali o dall'attività endoprocedimentale delle commissioni giudicatrici: conformandosi a tali criteri, il voto “rivela una valutazione che, attraverso la graduazione del dato numerico, conduce ad un giudizio di sufficienza o di insufficienza [...] e, nell'ambito di tale giudizio, rende palese l'apprezzamento più o meno elevato che la commissione esaminatrice ha attribuito [...]”^[16].

La seconda ragione, anch'essa condivisa dalla Corte costituzionale e posta a fondamento della statuizione di rigetto del 2011, muove da un'interpretazione sistematica che mitiga la rigidità che dovrebbe invece essere riferita all'art. 3 l. n. 241/1990 sulla scorta del suo dato letterale: “il citato art. 3 [...] va coordinato con l'art. 1, comma 1, della medesima legge n. 241 del 1990, in forza del quale l'attività amministrativa è retta (tra gli altri) da criteri di economicità e di efficacia, che giustificano la scelta del modulo valutativo”^[17] espresso mediante voti o punteggi numerici.

Non è superfluo ricordare come, nell'ambito del giudizio di costituzionalità definito nel 2011, il giudice rimettente non avesse sollevato la questione di legittimità, oltre che delle disposizioni in materia di motivazione dei giudizi dettate dalla legislazione speciale, anche dell'art. 3 della legge sul procedimento^[18]: aveva piuttosto invocato tale norma alla stregua di un sostanziale parametro di costituzionalità. Ciononostante la Corte – che pure avrebbe potuto rigettare le questioni con argomenti idonei a giustificare la deroga disposta dalla normativa in materia di esami di abilitazione rispetto al principio di cui all'art. 3 cit., ovvero non riconoscere affatto a quest'ultimo una valenza para-costituzionale tanto estesa e assorbente – ha preferito condividere l'impostazione del giudice *a quo*, negando però, in radice, che la motivazione imposta dalla legge sul procedimento debba sempre essere intesa come una indicazione dei “presupposti di fatto e [delle] ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria”. La Corte ha insomma considerato il punteggio numerico come *species* della motivazione imposta dall'art. 3 l. n. 241/1990.

In tal modo, gli argomenti della pronuncia del 2011, sebbene dotati di una autorevolezza nomofilattica di dubbio fondamento^[19], possono con facilità proiettarsi su una classe di fattispecie ben più ampia di quella a cui era direttamente ascrivibile lo specifico oggetto del giudizio.

Tra le applicazioni dell'indirizzo interpretativo avallato dalla Corte costituzionale oltre l'ambito dei concorsi e degli esami pubblici, un posto di primario interesse è occupato dalle pronunce del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici, le quali ammettono che la valutazione delle offerte tecniche effettuata da una commissione di gara possa essere motivata con la mera attribuzione di un punteggio numerico, a condizione che “l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, [sia] sufficientemente *chiaro, analitico e articolato*, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della

Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità, con la conseguenza che solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici"[20].

Uno dei principali elementi che hanno consentito alla Corte costituzionale di escludere la illegittimità della normativa in materia di esami di abilitazione all'esercizio della professione di avvocato (vale a dire la predeterminazione di "specifici parametri di riferimento" da parte dei criteri di valutazione, *ex art. 22, c. 9, r.d.l. n. 1578/1933 cit.*) trova il proprio omologo, in queste diverse fattispecie, negli adempimenti imposti alle stazioni appaltanti dall'art. 95, c. 8, del Codice dei contratti pubblici, a mente del quale i documenti di gara "elencano i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato. Per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi"[21].

L'indirizzo interpretativo in esame ha pressoché identica fortuna anche nella materia a cui è ascrivibile il caso risolto dalla pronuncia in commento: è la pre-definizione dei criteri, imposta dall'art. 12, c. 1, l. n. 241/1990[22], che consente di escludere la sussistenza di un puntuale obbligo di motivazione in sede di valutazione delle richieste di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari e vantaggi economici di qualunque genere, a condizione che tali criteri siano "chiari, analitici e articolati" [23].

In concreto, l'applicazione del citato orientamento viene a dipendere dal metro alla stregua del quale il giudice ritenga soddisfatti, dalla disciplina di una specifica procedura, i requisiti della "chiarezza", della "analiticità" e della "articolazione".

"Articolati" sono i criteri che consentono di disaggregare il giudizio della commissione attraverso una pluralità di sotto-criteri, dotati di autonoma pesatura: il punteggio complessivo, in altri termini, deve rappresentare la somma di una pluralità di sotto-punteggi attribuiti a singoli elementi di ciascuna offerta o istanza.

In proposito, è significativa la posizione assunta dalla giurisprudenza con riferimento all'art. 95, c. 8 cit., la quale è concorde nell'escludere che la norma imponga in ogni caso alle commissioni di procedere a una puntuale disarticolazione dei criteri dettati dai documenti di gara: la scelta di provvedere in tal senso è tendenzialmente considerata il frutto di una valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione[24], fermo restando che, nel caso in cui i criteri siano "troppo generici per poter ricostruire le ragioni della valutazione espressa sulla singola offerta", il mancato esercizio, da parte della commissione, del potere di "individuare sub-criteri più stringenti" comporterà l'obbligo di affiancare ai "punteggi numerici attribuiti [...] una motivazione idonea sulle valutazioni svolte, per rendere trasparente il percorso logico seguito nell'assegnazione"[25].

Da ciò è agevole dedurre che il requisito della (maggiore o minore) "articolazione" di criteri e sub-criteri non è altro che un dato quantitativo: esso indica, cioè, il numero di parametri la cui ponderazione è oggetto di valutazione e non dovrebbe consentire pertanto, *ex se*, di distinguere le ipotesi in cui sussiste o non sussiste l'obbligo di una motivazione espressa.

Ciò che conta, a tal fine, è piuttosto la “chiarezza” e la “analiticità” dei criteri (indipendentemente da quanti essi siano), qualità di cui la “articolazione” può al più costituire un indice indiretto: a rigore, argomentando *a contrario*, anche l’avvenuta definizione di una pluralità di “sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi” non sufficientemente chiari e analitici dovrebbe ritenersi inadatta a dispensare le commissioni di gara dall’obbligo di rendere una motivazione espressa.

D’altronde, nella misura in cui ogni istruttoria procedimentale è, essenzialmente, un accertamento di fatti, “chiarezza” e “analiticità” non possono essere considerate qualità perfettamente distinguibili.

Riferita a un criterio di valutazione o di giudizio, infatti, la “chiarezza” (vale a dire la sua intelleggibilità e univocità) non può che derivare dalla possibilità di eseguire operazioni di sussunzione di singole fattispecie concrete in quella astratta, definita dal criterio stesso. Quest’ultimo può dirsi chiaro, in altri termini, allorché consenta di identificare e distinguere gli elementi strutturali della fattispecie astratta dallo stesso visualizzata e di verificarne la presenza o l’assenza in una fattispecie concreta (costituita dall’offerta, dal progetto o dalla domanda di partecipazione). E questa idoneità del criterio altro non è, appunto, se non la sua “analiticità”.

Sebbene la giurisprudenza non chiarisca con troppo scrupolo la ragione che pone la chiarezza e l’analiticità dei criteri quale discrimine tra le fattispecie che esigono o non esigono una motivazione espressa a complemento del punteggio numerico, tale ragione sembra agevolmente individuabile, almeno sul piano teorico. Ove dotato di un adeguato grado di chiarezza e dettaglio, infatti, ogni criterio rappresenta in qualche modo un *marker* del processo decisionale, evidenzia cioè gli snodi essenziali dell’accertamento compiuto: snodi che, in quanto predeterminati, dovrebbero rappresentare precisi vincoli imposti a una valutazione che è, nel suo complesso, manifestazione di un potere discrezionale[26].

I criteri (se chiari e analitici) consentono insomma di scomporre la valutazione discrezionale dell’amministrazione in una pluralità di accertamenti vincolati (o, quantomeno, dotati di un minore margine di discrezionalità): la sottrazione del giudizio finale all’obbligo di motivazione viene in questo modo a spiegarsi grosso modo negli stessi termini in cui la giurisprudenza giustifica tradizionalmente l’esenzione dei provvedimenti vincolati dal (o la loro solo parziale soggezione al) medesimo obbligo[27].

Schematica e coerente nella sua astratta formulazione di massima, una siffatta impostazione solleva tuttavia non poche perplessità: *in primis*, quelle stesse perplessità che consentono di dubitare della correttezza dell’assunto secondo il quale i provvedimenti vincolati non necessitano di una motivazione espressa ma, al più, di una ‘giustificazione’[28].

È possibile, infatti, ritenere che, poiché “il provvedimento (art. 3 comma 1, primo periodo) viene identificato con la «decisione amministrativa» (art. 3 comma 1, secondo periodo), [...] gli atti vincolati, non comportando decisione alcuna, in senso vero e proprio (scelta tra più alternative), siano sottratti [...] all’obbligo di motivazione”[29]. Ma non può escludersi che, anche nei casi in cui la norma attributiva del potere non rimetta all’amministrazione una “scelta tra più alternative”, essa imponga comunque di assumere una “decisione”: basti pensare ai casi in cui l’adozione del provvedimento presuppone la soluzione di un problema complesso in sede di interpretazione di norme giuridiche, casi in cui il rapporto che si instaura

tra la legge e il provvedimento è, sul piano strutturale, identico a quello che corre tra la legge e l'atto giurisdizionale (a cui nessuno negherebbe la qualificazione di "decisione" in senso stretto).^[30]

Allo stesso modo, non sembra possibile aderire incondizionatamente alla tesi secondo cui la scomposizione di una valutazione discrezionale in una pluralità di accertamenti, rispondenti a criteri chiari e analitici, equivale a una motivazione (e dispensa l'amministrazione dall'obbligo di motivare): occorrerebbe piuttosto, a tal fine, comprendere quale sia il metodo che il giudice è tenuto a seguire per accertare in concreto il carattere chiaro e analitico di ciascun criterio.

Non soccorre, a tal fine, l'indicazione rinvenibile nella quasi totalità delle pronunce in materia, secondo la quale il grado appropriato di specificazione dei criteri è quello che consente di "rappresentare in modo adeguato l'*iter* logico" seguito dall'amministrazione nel processo di valutazione^[31]: è sufficiente un sommario esame delle sentenze che coralmemente la ribadiscono, infatti, per accorgersi di quanto disomogenea possa essere l'applicazione di questa regola.

Alcune di tali pronunce, infatti, giudicano adeguato un criterio limitandosi, sostanzialmente, all'esame della sua formulazione letterale e pertanto rigettano ogni censura di difetto (o di insufficienza) della motivazione qualora il criterio stesso (o i sotto-criteri in cui esso talora si articola) fornisca una sufficiente indicazione di senso. È questo filone giurisprudenziale quello che valorizza maggiormente il requisito della "articolazione" per dedurne la idoneità del punteggio numerico a tenere luogo di una motivazione espressa^[32].

In altre decisioni, invece, il giudice amministrativo procede a una verifica 'sul campo': non si limita ad appurare se, in astratto (per la sua formulazione letterale o per la sua disarticolazione), il criterio consenta di "rappresentare in modo adeguato l'*iter* logico" seguito dall'amministrazione ai fini dell'attribuzione del voto o del punteggio, ma ripercorre effettivamente, in sede istruttoria, quell'*iter* (e dell'esito di questa emulazione dà conto nella motivazione della sentenza)^[33].

3. L'accesso diretto al fatto nel giudizio amministrativo: una conquista illusoria?

Al primo dei due filoni giurisprudenziali or ora sinteticamente descritti – i quali non possono propriamente definirsi "orientamenti", giusto il carattere implicito degli elementi che li distinguono – è riconducibile la pronuncia in commento, la quale si accontenta di accertare, sposando le conclusioni della sentenza di primo grado, la 'plausibile' corrispondenza del punteggio ai criteri di cui al d.m. 1 luglio 2014: non proiettando questi ultimi sulle concrete caratteristiche del progetto non ammesso a finanziamento, il giudice omette infatti una effettiva verifica del loro grado di chiarezza e di analiticità.

Il Consiglio di Stato, si è visto, ha rigettato il primo motivo di gravame in quanto privo di specifiche censure avverso la motivazione della sentenza impugnata, la quale, lungi dall'essere affetta dal vizio di omessa pronuncia denunciato dall'appellante, avrebbe "analiticamente operato una ricognizione delle caratteristiche disciplinari della procedura in esame, per concludere nel senso della sussistenza, nel caso di specie, delle garanzie di predeterminazione

dei criteri tali da legittimare il ricorso ad un simile meccanismo di espressione del giudizio”[34].

Le “articolate ed approfondite conclusioni [...] in relazione all’adeguata predeterminazione dei criteri [...] che il Collegio condivide ed alle quali per brevità rinvia”[35] sono, in realtà, contenute in meno di 3 delle 26 pagine in cui si articola la motivazione della sentenza di primo grado[36].

Ivi, il Tar si è limitato a elencare gli indicatori definiti dall’All. B (tabella 19) del D.M. 1 luglio 2014 per la valutazione della “qualità artistica” dei progetti (macro-criterio in relazione al quale l’appellante ha conseguito un punteggio insufficiente) e a riportare il punteggio massimo attribuibile a ciascuno di essi. Nessuno di tali indicatori (di cui la sentenza di primo grado valorizza, essenzialmente, l’articolazione) presenta un grado di chiarezza e analiticità idoneo a “rappresentare l’*iter* logico” seguito in concreto dall’amministrazione per l’adozione della decisione impugnata: basti dire che tra i due indicatori ai quali è associato il sub-punteggio massimo più elevato, il primo costituisce una tautologica ripetizione del macro-criterio (“qualità artistica del progetto”) e il secondo non è meno vago (“innovatività” e “sostegno al rischio culturale”); tutti gli indicatori, inoltre, sono all’evidenza privi di caratteri che consentano una diretta e univoca misurabilità dei progetti in termini assoluti e, talora, anche in termini comparativi (“strategia di comunicazione”, “qualità della direzione artistica”).

Né il Consiglio di Stato, né il Tar danno dunque conto di avere almeno provato a ipotizzare le ragioni di fatto che hanno condotto l’amministrazione ad attribuire al progetto un punteggio insufficiente sulla base dei descritti parametri.

La pronuncia in commento nega addirittura ogni rilevanza alla circostanza che, in fase cautelare, il Tar avesse imposto alla P.A. di produrre una relazione tecnica integrativa per far luce sulle concrete modalità di assegnazione di punteggi e sub-punteggi e che, in sede di decisione, avesse invece omesso di verificare se i dati così acquisiti fossero completi e chiarificatori: “appare comunque dirimente [...] che la valutazione del giudicante [...] in relazione al superamento della soglia di sindacabilità giurisdizionale delle valutazioni di merito, assorbe quella relativa alle conseguenze dell’inadempimento dell’incombente istruttorio, dal momento che la qualificazione [fornita dalla sentenza] delle censure come esorbitanti la ridetta soglia rende del tutto superfluo l’esame della documentazione di cui il precedente Collegio aveva, in fase cautelare, ordinato l’esibizione”[37].

L’omissione di una verifica in concreto della qualità e del grado di dettaglio di criteri e indicatori, da parte della sentenza annotata, è dunque pienamente consapevole: la motivazione di tale omissione la si rinviene, tuttavia, non nel capo in cui essa rigetta il primo motivo di impugnazione (contenente, appunto, la doglianza relativa alla genericità dei criteri stessi), ma in quello relativo al secondo motivo, con cui l’appellante aveva dedotto specifiche censure relative alle modalità di svolgimento dell’istruttoria e al suo esito conseguentemente illogico, irragionevole e incongruo (anche in questo caso, denunciando la violazione degli artt. 3 e 12 l. n. 241/1990). Ripercorrere l’*iter* decisionale seguito dall’amministrazione, per il Consiglio di Stato (come per il giudice di primo grado), equivarrebbe a “tracimare nel merito amministrativo, territorio che, come è noto, fatta esclusione per le materie tassativamente ed esaustivamente indicate nell’art. 134 c.p.a., non è percorribile dal giudice amministrativo in ossequio allo storico ed attuale principio della tripartizione dei poteri”[38].

A ben guardare, è solo con riferimento all'analisi di quest'ultima (teorica e generale) tematica – non al giudizio (concreto e specifico) sull'adeguatezza dei criteri applicati nel caso di specie dall'amministrazione – che la motivazione offerta dal giudice di primo grado può dirsi “articolata e approfondita”: vi si rinviene infatti una lunghissima trattazione dell'istituto della discrezionalità tecnica^[39], in appendice alla quale è più sinteticamente analizzato (anch'esso in termini astratti e generalissimi) il problema della sufficienza della motivazione resa mediante voto o punteggio numerico^[40].

Sia il giudice di primo grado, sia quello di appello (che ne sposa appieno le conclusioni) intendono in questo modo esporre, richiamando i più recenti approdi giurisprudenziali, gli sviluppi della nota lezione gianniniana sulla “dequotazione” dell'obbligo di motivazione^[41]: la legittimità di un provvedimento motivato esclusivamente mediante un valore numerico, in tale prospettiva, sarebbe oggi giustificata dalla maggiore intensità che connota il potere del giudice di accedere alla cognizione del fatto amministrativo in via diretta (al di là della indicazione dei “presupposti di fatto” fornita dalla motivazione) per giudicare del corretto esercizio del potere tecnico-discrezionale.

La ricostruzione del Tar, richiamata dal giudice d'appello, non dimostra, tuttavia, un effettivo incremento dei poteri di accertamento del giudice amministrativo rispetto all'epoca in cui si è affermata “l'impostazione dottrinale tradizionale [che] ha per lungo tempo assimilato la discrezionalità tecnica alla discrezionalità pura, ammettendo un sindacato del giudice amministrativo su di essa solo rispetto al profilo dell'eccesso di potere”^[42]: anche oggi, secondo la sentenza di primo grado, il giudice può esclusivamente, “verificare la logicità, la congruità, la ragionevolezza e l'adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione”^[43].

I limiti attuali dell'accertamento giudiziale sembrano insomma, già per come descritti in motivazione, del tutto sovrapponibili a quelli del “tradizionale” sindacato sull'esercizio della discrezionalità ‘pura’^[44]. Oggi come allora, pertanto, il punto nodale – sia nell'impostazione del problema in termini teorici, sia per la soluzione del caso concreto – sembra essere un altro, vale a dire il filtro che il giudice amministrativo impiega per dar corso a un siffatto sindacato.

Il Consiglio di Stato afferma in proposito che, per stimolare i poteri istruttori dell'autorità giudiziaria, il ricorrente dovrebbe dimostrare “la manifesta irrazionalità od illogicità delle valutazioni contestate”^[45]: qualora questa “soglia di sindacabilità” non sia superata, l'accertamento giudiziale risulta precluso, poiché “la censurabilità della discrezionalità tecnica non deve mai arrivare alla sostituzione del giudice all'amministrazione nell'effettuazione di valutazioni opinabili, ma deve consistere nel controllo, *ab externo*, dell'esattezza e correttezza dei parametri della scienza utilizzata nel giudizio”^[46].

Così impostato il problema, risulta difficilmente comprensibile quando il potere di accertamento del giudice possa essere effettivamente provocato dalla parte (e debba essere esercitato) nell'ambito di fattispecie come quella in esame. Infatti, se, da un lato, le censure che lo attivano devono necessariamente riguardare elementi “manifesti”, ciò significa che il loro riscontro non necessita di una vera istruzione probatoria; d'altro canto (e soprattutto), questo carattere “manifesto” è riferito alla “irrazionalità” e alla “illogicità”, vizi da cui solo

un ragionamento può essere affetto. E un ragionamento, per definizione, difetta nei provvedimenti motivati esclusivamente mediante un voto o un punteggio.

È indubbio, insomma, che, secondo l'impostazione accolta in sentenza, il privato possa direttamente dedurre l'incongruenza tra il voto o il punteggio, da un lato, e i criteri sulla base dei quali esso è stato quantificato, dall'altro. Tale possibilità è data, tuttavia, soltanto a fronte di criteri che, già *prima facie*, consentano (altrettanto direttamente) un siffatto esame, quando cioè, per giudicare della legittimità del provvedimento, sia sufficiente un raffronto tra il voto e il criterio, *senza* alcuna necessità di ripercorrere "l'iter logico" seguito dall'amministrazione per addivenire alla decisione. L'indagine sui fatti da parte del giudice, in questi casi, si atteggia negli stessi termini che sono propri del più elementare accertamento della violazione di legge in un provvedimento vincolato.

Ma quando i criteri non presentino tale idoneità (e l'attribuzione del punteggio non sia dunque passibile di una censura diretta), l'impostazione del Consiglio di Stato conduce a ritenere sostanzialmente non tutelabili gli interessi del cittadino. Non solo, infatti, questi non potrà chiedere al giudice di sostituire il suo apprezzamento a quello della P.A., ma non potrà nemmeno lamentare l'insufficiente "chiarezza" e "analiticità" dei criteri al fine di ottenere un annullamento per vizio di motivazione del provvedimento: anche l'esame di questa censura, infatti, richiederebbe l'esercizio del potere di accertamento che la sentenza in commento ritiene precluso al giudice, in difetto di "manifesta irrazionalità od illogicità delle valutazioni contestate".

4. Brevi conclusioni

I rilievi svolti nei paragrafi che precedono mirano a evidenziare il corto-circuito argomentativo a cui può condurre, nella sua concreta applicazione da parte del giudice amministrativo, la tesi della fungibilità tra il prototipo di motivazione definito dall'art. 3 l. n. 241/1990 e un voto o un punteggio numerico che faccia applicazione di criteri di decisione predeterminati: nella convinzione di operare una giustificata "dequotazione" dell'obbligo di motivazione, il giudice perviene infatti a un effettivo "depotenziamento"^[47] di quest'ultimo.

Non si tratta di un corto-circuito innescato dalle peculiarità del caso affrontato dalla sentenza in commento. La possibilità di impiegare un valore numerico quale sintesi della decisione è infatti riconosciuta assai frequentemente all'amministrazione proprio nelle fattispecie in cui la stessa è titolare di un potere tecnico-discrezionale^[48]: ove la tesi della 'sufficienza del numero' non sia affiancata da una prudente impostazione del tema della discrezionalità tecnica – e, più in generale, di quello relativo al sindacato del giudice amministrativo sulle questioni di fatto sottese a una controversia – il corto-circuito è pressoché inevitabile.

La sentenza qui annotata afferma essenzialmente che (i) il punteggio numerico costituisce una motivazione sufficiente qualora faccia applicazione di criteri di decisione adeguatamente predeterminati, anche in considerazione del fatto che (ii) il giudice amministrativo può e deve verificare tale adeguatezza, ma (iii) questa verifica non può consistere nella ri-edizione, in sede di istruttoria processuale, degli accertamenti che la legge demanda all'amministrazione, pena l'invasione da parte del potere giudiziario di un ambito riservato al merito amministrativo.

Il corto-circuito sta nel fatto che, nella gran parte dei casi, (iii) lo svolgimento di un'istruttoria processuale idonea a replicare *l'iter* valutativo seguito dall'amministrazione è imprescindibile (ii) per attestare l'adeguatezza (o l'inadeguatezza) dei criteri e la loro logica (o illogica) applicazione al caso concreto, di modo che, ritenendo precluso al giudice un siffatto sindacato, (i) l'equivalenza tra il punteggio numerico e il paradigma di motivazione definito dall'art. 3 l. n. 241/1990 resta indimostrata.

Non sembra del resto che, valutando in concreto le qualità dei criteri che la giurisprudenza è solita indicare con "chiarezza" e "analiticità", il giudice amministrativo possa invadere in alcun modo l'ambito del merito amministrativo e ancor meno che possa attentare al principio di separazione dei poteri: questo timore, troppo spesso esternato dalla giurisprudenza, sembra infatti fondato su un'erronea confusione tra i limiti dei poteri cognitori e i limiti dei poteri decisorii esercitabili nella giurisdizione di legittimità.

Emulare in sede giudiziale il procedimento amministrativo di valutazione, infatti, non dà di per sé luogo ad alcuna "sostituzione del giudice all'amministrazione". Ciò potrebbe dirsi qualora la replica dell'accertamento in sede di istruttoria processuale fosse strumentale a verificare la *correttezza* delle conclusioni raggiunte dal provvedimento impugnato: l'effetto conformativo della sentenza, in questo caso, potrebbe infatti dar luogo, *pro futuro*, a una "sostituzione" della valutazione giudiziale a quella (discrezionale) dell'amministrazione.

Allorché (come nelle fattispecie qui in esame) la pretesa 'intrusione' del giudice nell'ambito delle valutazioni discrezionali abbia, invece, il limitato fine di accertare il razionale fondamento del provvedimento (l'adeguatezza dei criteri) e la sua logica tenuta rispetto ai fatti per cui è causa (il voto o punteggio assegnato), non pare profilarsi alcun rischio di "sostituzione" di una valutazione del giudicante alle scelte dell'amministratore. Ferma restando l'esclusiva pertinenza della "opinabilità" della decisione alla sfera di attribuzione della P.A., infatti, non v'è dubbio che anche le opinioni debbano essere logiche, razionali e pertanto giustificabili mediante un'argomentazione: e la possibilità di argomentare in modo univoco una (sia pure opinabile) decisione amministrativa carente di una motivazione espressa costituisce, almeno in questi casi, il precipuo e unico fine di un accesso del giudice alla piena cognizione del fatto controverso, senza sbarramenti derivanti da pretese (e inesistenti) "soglie di sindacabilità".

Questa conclusione non è di certo appagante, poiché non risolve – e anzi apre la strada a – una teoria di spinosi e insoluti problemi (a partire da quello relativo al rilievo degli eventuali apporti istruttori forniti in giudizio dall'amministrazione per chiarire il fondamento della decisione 'numerica' impugnata) e suscita timori senz'altro fondati (*in primis*, appunto, quello di ammettere senza riserve la c.d. motivazione postuma in corso di causa)[49].

È poi evidente che – in disparte problemi e timori – la stessa conclusione relega in secondo piano quelle esigenze di economicità che non è troppo malizioso considerare il principale fondamento dell'orientamento del giudice amministrativo e della Corte costituzionale in materia di 'motivazione numerica': essa finisce con il trasferire sull'attività giurisdizionale (e probabilmente in grado più elevato) l'antieconomicità da cui lo stesso orientamento intende porre al riparo l'azione amministrativa. La scarsa attenzione per tali esigenze (del resto figlie di una lettura quantomeno opinabile del principio di buon andamento[50]) è tuttavia inevitabile una volta assodato che, in una molteplicità di fattispecie concrete, l'obbligo di esternare una motivazione (o almeno di fornire gli elementi sufficienti e necessari per la sua

concreta ricostruzione in sede processuale) si rivela indispensabile per consentire l'accesso del cittadino alla tutela giurisdizionale ed è, pertanto, indubbiamente diretto "a presidiare l'adeguatezza degli strumenti processuali posti a disposizione dall'ordinamento per la tutela in giudizio" [51].

[1] Tar Lazio, Roma, 4 luglio 2017, n. 7699.

[2] Decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, 1 luglio 2014 (in G.U.R.I., serie gen. 19 agosto 2014, n. 191, suppl. ord. n. 71), recante "Nuovi criteri per l'erogazione e modalità per la liquidazione e l'anticipazione di contributi allo spettacolo dal vivo, a valere sul Fondo unico per lo spettacolo, di cui alla legge 30 aprile 1985, n. 163", ai sensi dell'articolo 9 del d.l. 8 agosto 2013, n. 91 (convertito in legge 7 ottobre 2013, n. 112), sostitutivi dei criteri precedentemente fissati dai decreti ministeriali 8 novembre 2007, 9 novembre 2007, 12 novembre 2007 e 20 novembre 2007, e successive modificazioni, per l'erogazione dei contributi in favore, rispettivamente, delle attività di danza, musicali, teatrali, circensi e dello spettacolo viaggiante (art. 1).

[3] Ai sensi dell'art. 5, c. 2, d.m. 1 luglio 2014, "Le domande di contributo [...] sono valutate [...] attribuendo ai relativi progetti un punteggio numerico, fino ad un massimo di punti cento, articolato secondo le seguenti categorie e relative quote: a) qualità artistica, fino ad un massimo di punti trenta, attribuiti dalle Commissioni consultive competenti per materia, secondo i parametri previsti per ogni settore di cui all'Allegato B del presente decreto, che ne costituisce parte integrante, e le modalità di cui al comma 3 del presente articolo; b) qualità indicizzata [...]; c) dimensione quantitativa [...].

[4] Non si terrà qui conto del capo della sentenza con cui è stato respinto il terzo motivo di appello, concernente il mancato esame, da parte del Tar, della censura di cui al terzo motivo di ricorso in primo grado, con il quale si lamentava un difetto di istruttoria derivante dall'omesso controllo, da parte dell'amministrazione, sul contenuto delle dichiarazioni sostitutive presentate dagli altri partecipanti a corredo delle rispettive istanze (cfr. il par. 9 della sentenza in commento).

[5] Sulla inammissibilità del motivo di appello che si limiti a reiterare le censure mosse in primo grado, senza esprimere specifiche critiche alla sentenza impugnata, cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 21 marzo 2019, n. 1873; sez. IV, 27 dicembre 2018, n. 7234; sez. V, 16 novembre 2018, n. 6464; sez. V, 13 settembre 2018, n. 5369.

[6] Così la sentenza in commento, al par. 3.

[7] Cfr. il par. 5 della pronuncia annotata e il punto 15 di Tar Lazio n. 7699/2017 cit.

[8] Per la nozione di motivazione intesa come discorso giustificativo v. per tutti A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato giurisdizionale*, Milano 1987, 18.

[9] Così la sentenza di primo grado (par. 13), che richiama il principio di diritto riportato nella gran parte delle pronunce del giudice amministrativo in materia (cfr., da ultimo, Tar Lazio, Roma, 27 gennaio 2023, n. 1456 e 16 dicembre 2022, n. 16977; Consiglio di Stato, sez. III, 29 dicembre 2022, n. 11547, sez. VII, 21 novembre 2022, n. 10260 e sez. V, 10 novembre 2022, n. 9845) e di cui fa menzione anche la giurisprudenza costituzionale di cui subito si dirà.

[10] Corte costituzionale, sentenza 30 gennaio 2009, n. 20, sulla quale v. R. Basile, *La querelle sulla motivazione delle prove dell'esame per l'abilitazione alla professione di avvocato e l'assenza di un dialogo fecondo tra la Corte costituzionale e i giudici amministrativi*, in *Il Foro amministrativo (T.a.r.)*, 12/2010, 4083 ss.; M. Didonna, *È "diritto vivente" il voto alfanumerico. La Consulta finalmente ammette, ma respinge: a un passo dal pronunciamento di merito*, in *Il Corriere Giuridico*, 6/2009, 766 ss.; Id., *Il voto numerico dell'esame di avvocato torna alla Consulta: "fuochino" del T.A.R. Lombardia*, ibid., 6/2010, 794.

[11] Corte costituzionale, 8 giugno 2011, n. 175, su cui v. i commenti di F.G. Scoca, *Punteggio numerico e principio di buon andamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2011, 2279 ss.; M. Didonna, *"Il voto alfanumerico è motivazione": la Consulta chiude la partita degli avvocati*, in *Il Corriere giuridico*, 12/2011, 1669 ss.; I. Sigismondi, *La Corte costituzionale salva il "diritto vivente"*, in *Giurisprudenza italiana*, 6/2012, 1267 ss.

[12] Così Tar Lazio, Roma, 8 luglio 2013, n. 6672, che riferisce l'indirizzo alla giurisprudenza prevalente richiamando Consiglio di Stato, sez. IV, 19 ottobre 2007, n. 5468; 20 novembre 2000, n. 6160; 1 febbraio 2001, n. 367; sez. VI, 13 gennaio 1999, n. 14 e 27 maggio 1996, n. 747. Più di recente fa proprio l'argomento il parere su ricorso straordinario espresso da Consiglio di Stato, sez. II, 26 settembre 2016, n. 1979.

[13] Cfr. da ultimo Tar Lazio, Roma, 21 luglio 2022, n. 10428, ove si richiama il “consolidato assunto [sulla] natura delle decisioni delle commissioni esaminatrici, che sono atti di natura mista, e cioè di natura provvedimentale e di natura di “giudizio””: in termini v. già Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 novembre 2012, n. 5581 e 6 giugno 2011, n. 3402. Ambigua, sul punto, anche la posizione espressa dal Tar Lazio nella pronuncia confermata dalla sentenza in commento, ove l'attenuazione dell'obbligo di motivazione è giustificata mediante il richiamo della nozione di discrezionalità tecnica (par. 13, lett. a): “allorquando si procede con l'attribuzione di un giudizio di valore, non si è nel campo della discrezionalità amministrativa, ma in quello della discrezionalità tecnica, nell'ambito della quale, non sussistendo una scelta fra opposti interessi, non vi è luogo ad una motivazione, che è invece l'espressione tipica della spiegazione di una scelta amministrativa (cfr. in termini, Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2007 n. 5468)”

[14] Cfr. G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 2001, *ad vocem*, 782, ove efficacemente si rileva che, se la propugnata distinzione tra i concetti di giudizio e di provvedimento fosse fondata, “ne dovremmo dedurre che neppure i pareri del Consiglio di Stato (anch'essi non provvedimenti) devono essere motivati”.

[15] C. cost. n. 175/2011 cit., par. 3.

[16] *Ibid.*, par. 3.1.

[17] *Ibid.*, *loc. cit.*. Il riferimento all'anti-economicità della motivazione espressa è pressoché costante nella giurisprudenza amministrativa in materia, sebbene, nella gran parte dei casi, nella forma di un argomento *ad colorandum*. v. ad es. Tar Lazio 7699/2017 cit. (non espressamente richiamata sul punto dalla pronuncia annotata), secondo la quale “il voto numerico [...] esprime e sintetizza in modo adeguato il giudizio tecnico-discrezionale espresso da una commissione di valutazione, contenendo in sé la sua motivazione, senza bisogno di ulteriori spiegazioni e chiarimenti, atteso che la motivazione espressa numericamente, *oltre a rispondere al principio di economicità e proporzionalità dell'azione amministrativa di valutazione*, consente la necessaria spiegazione delle valutazioni di merito compiute dalla commissione e il sindacato sul potere amministrativo esercitato” (par. 13, lett. b). La sentenza richiama Consiglio di Stato, sez. VI, 4 novembre 2013, n. 5288, 21 ottobre 2013, n. 5075; sez. IV, 21 ottobre 2013, n. 5107; sez. V, 11 giugno 2013, n. 3219, 13 febbraio 2013, n. 866; sez. VI, 11 ottobre 2007, n. 5347, TAR Lazio, Roma, 15 ottobre 2013 n. 8860 e 18 ottobre 2012 n. 8633.

[18] Questa era stata, invece, l'impostazione delle questioni di legittimità costituzionale respinte da Corte Costituzionale, ord. 3 novembre 2000, n. 466, in *Il Corriere giuridico*, 12/2000, con nota di A.L. Tarasco, *Diritto vivente e obbligo di motivazione nei concorsi pubblici: la Corte costituzionale “si astiene”* (1571 ss.)

[19] Non sembra, infatti, che alle decisioni della Corte costituzionale possa essere riconosciuta la funzione di garantire l'uniforme interpretazione della legge ordinaria (al di fuori ovviamente, delle ipotesi in cui tale effetto derivi da una pronuncia interpretativa di rigetto e nella stretta misura in cui questa abbia lo scopo di impedire letture della norma di legge contrarie al dettato costituzionale): la Corte avrebbe potuto a pieno titolo escludere, insomma, che le garanzie del giusto procedimento imposte dalla Carta fondamentale includano un obbligo di motivazione corrispondente al modello definito dell'art. 3 l. proc., non offrire una lettura della stessa norma che, senza alcuno scopo di garantirne un'interpretazione conforme a Costituzione, ne depotenzia la portata precettiva.

[20] Per questa formulazione del principio, pacifico in giurisprudenza, cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 12 marzo 2021, n. 2118. L'indirizzo si era già consolidato sotto la vigenza dell'art. 83, c. 4, del vecchio Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006): cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 14 gennaio 2019, n. 291; Consiglio di Stato, sez. V, 8 ottobre 2010, n. 7346.

[21] In argomento v. F. Cardarelli, *Criteri di aggiudicazione*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano 2019, 560 ss.

[22] Nel caso qui in esame, operata dal d.m. 1 luglio 2014.

[23] Cfr. in questo senso Tar Lazio, Roma, 8 novembre 2021, n.11421: “Quando l'insieme dei criteri o dei sub-criteri fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi e i sub-punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, si da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità, la motivazione con i punteggi numerici è sufficiente. Nell'ambito di procedimenti valutativi di offerte o progetti per l'attribuzione di un contributo pubblico, come quello di specie, deve ritenersi che rientra nell'ambito della discrezionalità dell'amministrazione l'individuazione e la conformazione dei criteri di

valutazione delle offerte o dei progetti stessi. Questa scelta è passibile di sindacato giudiziale solo qualora tali criteri siano manifestamente irragionevoli, illogici o abnormi”. V. anche Consiglio di Stato, sez. II, 24 luglio 2020, n. 4733.

[24] Tar Campania, Napoli, 29 luglio 2020, n. 3413.

[25] Il virgolettato nel testo è tratto da Tar Calabria, Catanzaro, 10 luglio 2019, n. 1410; nello stesso senso v. Tar Lombardia, Milano, 13 maggio 2022, n. 1113; Tar Liguria, 30 novembre 2018, n. 935.

[26] Sul tema v. ampliamente A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1999.

[27] In questo senso, da ultimo, v. di recente Consiglio di Stato, sez. VI, 30 luglio 2019, n. 5388; *contra* sez. VI, 7 novembre 2019, n. 7603.

[28] M.S. Giannini, *Motivazione. III Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1977, *ad vocem*, 258 ss. e 262 ss.. La giustificazione è qui intesa come semplice enunciazione dei presupposti normativi e fattuali del provvedimento e, in questa misura, può comunque essere distinta dalla motivazione in senso stretto, anche depurando quest'ultima nozione dai connotati soggettivo-psicologici che le attribuiva la dottrina più risalente (C.M. Iaccarino, *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933). A differenza di una giustificazione, infatti, la motivazione consiste sempre nella formulazione di un ragionamento in grado di collegare in modo logico i presupposti normativi e i dati fattuali acquisiti in sede istruttoria con il contenuto dispositivo della decisione. Cfr. G. Corso, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Diritto amministrativo*, 3/2014, 463 ss.

[29] G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., 780.

[30] La complessità dell'attività interpretativa può, peraltro, avere a oggetto i presupposti fattuali identificati dalla norma e dunque tradursi in complessità dell'accertamento di fatto anche nell'ambito dei provvedimenti vincolati. La distinzione tra questioni di fatto e di diritto – da sempre dibattuta (e talvolta negata: cfr. A. Nasi, *Fatto (giudizio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1967, 981) con riferimento alla funzione (e ai limiti) dell'accertamento processuale (v. per tutti S. Satta, *Commentario al Codice di procedura civile*, Milano, 1959/62, II, pt. II, 190 ss. e F. Mazzarella, *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, Padova, 2003, 83 ss.) – assume fisionomia peculiare nell'ambito del diritto amministrativo allorché il “fatto” sia oggetto di una valutazione discrezionale dell'amministrazione. La difficoltà di tracciare una netta linea di confine tra il sindacato che il giudice è chiamato a svolgere sugli accertamenti di fatto, sulla qualificazione giuridica dei fatti o sulla valutazione discrezionale dei presupposti fattuali accomuna per molti aspetti gli ordinamenti di *civil e common law* (cfr. P. Craig, *Eu Administrative Law*, Oxford 2018, 436 ss.), ma nel sistema italiano rappresenta, notoriamente, un tema di cruciale importanza per definire la fisionomia e i limiti della giurisdizione amministrativa di legittimità: in argomento cfr. V. Berlingò, *Fatto e giudizio. Parità delle parti e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Napoli 2020, 143 ss.

[31] Per la giurisprudenza più recente (oltre alle già citate C.d.S. n. 2118/2021, Tar Lazio n. 11421/2021, Tar Campania n. 3413/2020, Tar Lombardia n. 1113/2022), cfr. *ex multis* Tar Lazio, Roma, 21 febbraio 2022, n. 2016; Consiglio di Stato, sez. V, 14 gennaio 2019, n. 291 e sez. III, 29 ottobre 2020, n. 6618.

[32] Tale approccio, ampiamente rappresentato dalla giurisprudenza dei Tar (v. ad es. Tar Marche, 14 luglio 2022, n. 415; Tar Lazio, Roma, 25 giugno 2022, n. 8627; Tar Friuli-Venezia Giulia, 10 maggio 2022, n. 224) non è estraneo alle decisioni del Consiglio di Stato (v. ad es., di recente, Consiglio di Stato sez. I, 1 agosto 2022, n. 1332; sez. V, 14 gennaio 2019, n. 291) specialmente ove oggetto del giudizio siano le valutazioni rese all'esito di selezioni, concorsi o esami pubblici: cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 10 maggio 2021, n. 3677; Consiglio di Stato sez. II, 12 febbraio 2021, n. 1290 (la quale conferma la decisione di primo grado – Tar Lazio, Roma, 24 aprile 2013, n. 4180 – riformandone però la motivazione, nella misura in cui essa dava conto di un “approccio cognitivo” che il giudice di appello ritiene invece precluso al giudice amministrativo, vale a dire la “verifica della correttezza del giudizio negativamente espresso dalla commissione concorsuale”); Consiglio di Stato, sez. IV, 15 ottobre 2020, n. 6258.

[33] In questo senso, da ultimo, C.d.S. n. 9845/2022 cit. e n. 2118/2021 cit.; v. anche Tar Lombardia, Milano, n. 1113/2022 cit.. Di notevole interesse anche C.d.S. n. 6618/2020 cit., che annulla la sentenza di primo grado (T.A.R. Sardegna, 14 aprile 2020, n. 218) pur condividendo il principio di diritto dalla stessa enunciato, secondo cui “il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione solo allorquando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo e da rendere con ciò comprensibile, e controllabile nella sua congruità, l'iter logico seguito in concreto nel valutare le proposte in gara”: l'errore del Tar, secondo il giudice d'appello, consiste nell'aver richiamato la consolidata massima senza procedere a una verifica in concreto della possibilità di ricostruire il percorso logico seguito dall'amministrazione e di avere così reputato legittimo l'operato di quest'ultima con una motivazione “del tutto apodittica ed elusiva”.

[34] Cfr. la sentenza in commento, par. 3.

[35] *Ibid.*, loc. cit.

[36] Tar Lazio n. 7699/2017 cit., par. 15.

[37] Par. 6.

[38] Così la sentenza in commento al par. 5, mutuato integralmente dalla pronuncia di primo grado (par. 15).

[39] Tar Lazio n. 7699/2017 cit., parr. 11 e 12.

[40] *Ibid.*, par. 13.

[41] Com'è noto, secondo la ricostruzione dell'A., l'obbligo di motivazione, originariamente unico strumento impiegabile dal giudice per esercitare un controllo che andasse oltre la legalità formale del provvedimento, avrebbe in parte ceduto il passo, in progresso di tempo, a più incisive forme di indagine sul cuore dell'agire amministrativo: il correlato storico dell'ampliamento del sindacato sull'eccesso di potere è, insomma, l'emersione di ipotesi in cui l'esistenza sostanziale del motivo 'salva' dall'annullamento il provvedimento lacunoso in punto di motivazione: M.S. Giannini, *Motivazione*, cit., 265 s.

[42] Così l'*incipit* del par. 11 di Tar Lazio n. 7699/2017 cit.

[43] *Ibid.*, par. 12.

[44] Diversamente dalla "analitica e approfondita" ricostruzione di Tar Lazio n. 7699/2017 cit., buona parte della giurisprudenza non mette in dubbio, nell'approdare alle medesime conclusioni in relazione all'ampiezza del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, la sua assimilabilità al sindacato sulla discrezionalità pura: cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. II, 23 febbraio 2021, n. 1568.

[45] Così la sentenza in commento al citato par. 5 e al par. 8.

[46] Così Tar Lazio n. 7699/2017 cit., par. 12.

[47] M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2017, 896.

[48] È il caso di avvertire che l'analisi svolta nel testo prescinde per scelta da un'indagine sulla nozione di discrezionalità tecnica (su cui v. per tutti D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995), dall'esame degli argomenti che ne evidenziano la "intima contraddittorietà" (F.G. Scoca, *Punteggio numerico e principio di buon andamento*, cit., 2282) e che sottolineano come la sua "insindacabilità piena ed effettiva" rappresenti un "mito" della giurisprudenza amministrativa (così Id., *Sulla effettività della tutela dell'interesse legittimo nel processo*, in G. Corso, F.G. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, Vol. IV, Napoli 2022, 3367 ss.), mito per buona parte smentito dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (cfr. sent. 7 settembre 2020, n. 18592). Né, con specifico riferimento al caso esaminato, si intende sottoporre a specifica critica la (pur poco convincente) tesi secondo cui sarebbero le nozioni della scienza e della tecnica a consentire la valutazione della "qualità artistica" di un progetto: le riflessioni qui proposte intendono piuttosto assumere la nozione di discrezionalità tecnica in termini puramente stipulativi, identificandone la fisionomia e l'ampiezza così come descritte dalla pronuncia di appello, da quella di primo grado che essa conferma e dalla giurisprudenza ivi richiamata. Sembra, infatti, che la prospettiva metodologica in cui si iscrive la decisione annotata riveli i propri punti di debolezza e contraddittorietà pur dando per buona tale ricostruzione.

[49] In tema v. F.A. Bella, *Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio (nota a Cons. Stato, sez. VI, n. 3385/2021)*, in questa Rivista, 10 novembre 2021. Cfr. anche G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2017, 1235 ss.

[50] F.G. Scoca, *Punteggio numerico e principio di buon andamento*, cit. 2281 ss.

[51] Ciò è, invece, quanto la Corte costituzionale ha negato con le citate pronunce n. 20/2009 e 175/2011 (dal cui par. 3.2. è tratto il virgolettato nel testo). È noto, peraltro, come il giudice delle leggi abbia adottato in altre (e altrettanto recenti) occasioni una posizione opposta, affermando espressamente che l'obbligo di motivazione ha proprio la funzione di consentire "al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela

9 marzo 2023

giurisdizionale” e ha pertanto dichiarato l’illegittimità di norme di legge che non ne garantivano il rispetto per violazione dell’art. 24 Cost. (cfr. Corte costituzionale, 5 novembre 2010, n. 310).

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, maggio – giugno 2023

Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (Nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)

di Michele Ricciardo Calderaro

Sommario: 1. Il caso di specie. – 2. Il carattere necessario della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza. – 3. La motivazione del preavviso di rigetto. — 4. La mancata comunicazione del preavviso di rigetto ed il suo carattere lesivo. – 5. La novità del d.l. Semplificazioni 2020: il preavviso di rigetto adesso sospende i termini del procedimento. – 6. Osservazioni conclusive sull'orientamento del Consiglio di Stato.

1. Il caso di specie.

La sentenza che si annota è stata pronunciata dal Consiglio di Stato in relazione all'appello presentato avverso la sentenza n. 1288 del 2020, con cui il T.A.R. Campania, Napoli, ha rigettato il ricorso di primo grado, diretto ad ottenere l'annullamento del diniego di accertamento di conformità *ex art. 36 D.P.R. n. 380/01* opposto dal Comune di Napoli e riferito ad un intervento di manutenzione straordinaria (realizzazione di una scala in cemento armato) relativo ad un immobile di proprietà della ricorrente.

La ricorrente, difatti, aveva presentato un'istanza di accertamento di conformità, in relazione alla quale il Comune aveva comunicato i motivi ostativi all'accoglimento, riferiti essenzialmente alla mancata dimostrazione della legittimità dell'immobile nella sua modificata consistenza, che, malgrado le osservazioni per controdedurre presentate dalla

ricorrente ai sensi dell'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, erano stato seguiti dall'adozione del formale diniego del richiesto provvedimento di sanatoria.

Avverso questo provvedimento la ricorrente ha presentato ricorso al T.A.R. Campania, Napoli, deducendo due motivi di censura, riferiti alla violazione dell'art. 10 *bis* l. n. 241 del 1990, per non avere l'Amministrazione statuito sulle osservazioni fornite in riscontro al preavviso di rigetto, e al difetto di motivazione e istruttoria non avendo l'Amministrazione valutato la ricorrenza del requisito della doppia conformità ed essendosi limitata a valorizzare due ragioni illegittime.

Il giudice amministrativo di primo grado, però, ha recisamente rigettato il ricorso, ritenendo assorbente la legittimità della *ratio decidendi*, alla base del diniego, riferita all'emersione di un vano insuscettibile di essere qualificato in termini di vano tecnico in ragione delle relative dimensioni e delle possibilità di autonomo utilizzo.

La ricorrente, pertanto, ha impugnato la pronuncia dinnanzi al Consiglio di Stato riproponendo le censure svolte in prime cure non esaminate dal T.A.R., incentrate, in particolar modo, sulla violazione dell'art. 10 *bis*, avendo l'Amministrazione omesso di rappresentare le ragioni per le quali le puntuali osservazioni svolte dalla parte privata in riscontro al preavviso di rigetto non potessero essere favorevolmente apprezzate, in tale modo rendendo in tal modo, a suo giudizio, l'istituto del preavviso di rigetto un inutile e sterile adempimento formale, invece che uno dei cardini del contraddittorio procedimentale.

Proprio dalla centralità di questo istituto nel complesso prisma delle garanzie procedurali di cui il privato è titolare nel rapporto con l'Amministrazione occorre partire per compiere alcune riflessioni.

2. Il carattere necessario della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

Si è visto come il legislatore della legge n. 241 del 1990 abbia voluto, quantomeno in potenza, porre le basi per una decisione amministrativa che sia il più possibile, se non condivisa, perché gli interessi perseguiti dall'Amministrazione possono essere eterogenei rispetto a quelli dei privati interessati dal procedimento, "partecipata" tra tutte le parti coinvolte.

In quest'ottica si è certamente mossa la novella legislativa del 2005^[1] che ha introdotto nel corpo della legge fondamentale sul procedimento amministrativo, all'art. 10-*bis*, la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda, c.d. preavviso di rigetto.

La disposizione in questione dispone anzitutto che "*nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il*

termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti?

La norma vuole certamente rafforzare le garanzie difensive del cittadino nei confronti dell'Amministrazione, nell'ottica di realizzare due obiettivi principali che sono stati evidenziati dalla dottrina sin dalla sua introduzione nella legge n. 241 del 1990[2].

Da un lato, è stato correttamente osservato che l'art. 10-*bis* si pone nell'ottica della realizzazione di un contraddittorio endoprocedimentale necessario e rafforzato[3], che tende in quanto tale al superamento delle asimmetrie che scaturiscono dall'impianto della originaria legge n. 241 del 1990.

Si vorrebbe, quindi, raggiungere non una posizione di piena parità tra cittadino ed Amministrazione nell'assunzione della decisione, perché è inevitabile che questa, pur tenendo conto di tutti gli interessi nella comparazione che compie, scelga unilateralmente la soluzione migliore per il perseguimento dell'interesse pubblico. D'altronde, questa è una delle caratteristiche proprie del provvedimento amministrativo, che, come si sa, non necessita del consenso dell'altra parte per la sua adozione.

Tuttavia, in ogni caso, si vuole che il cittadino sia informato e sia posto effettivamente nella posizione di contraddire con l'Amministrazione, a vantaggio anche di una scelta pubblica che sia la migliore possibile tra tutte quelle astrattamente perseguibili[4].

Da qui il secondo obiettivo del legislatore: la configurazione della decisione amministrativa come *“frutto di una dialettica tra le parti interessate”*[5].

Si rende in tal modo più pervasivo il dialogo tra Amministrazione e cittadino con conseguente individuazione del *proprium* del procedimento amministrativo in una relazione di tipo comunicativo fondata sull'idea di uno scambio multipolare di informazioni *“contraddistinto dai caratteri della completezza e della continuità”*[6].

La grande novità dell'art. 10-*bis* può essere pertanto rintracciata nell'aver positivizzato un principio di bidirezionalità comunicativa (interno-esterno) all'interno dello schema partecipativo tradizionale, di *“visione”* e *“voce”*[7], contenuto e disciplinato dall'art. 10 della l. n. 241 del 1990[8].

Il legislatore è andato oltre alla semplice possibilità per il cittadino di accedere ai documenti amministrativi del procedimento che lo interessano con la conseguente facoltà di presentare memorie al riguardo, prevedendo che l'Amministrazione, laddove sia intenzionata a determinarsi negativamente sull'istanza presentata, sia obbligata, precedentemente all'adozione formale del provvedimento di rigetto, a comunicare quali siano i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, consentendo così al privato di attivarsi affinché l'Amministrazione cambi eventualmente la sua determinazione in senso a lui favorevole.

Certamente, non è stata una novità di poco conto se si riflette sulle difficoltà che si sono avute solo per giungere ad una disciplina generale sul procedimento amministrativo[9].

La previsione astratta del legislatore è importante, se non fondamentale; occorre, però, al fine di comprendere appieno la portata di questa disposizione, verificare la sua applicazione da parte del giudice amministrativo.

L'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990 stabilisce, a carico dell'Amministrazione, un onere procedimentale, propedeutico all'adozione di ogni provvedimento finale reiettivo dell'istanza del privato, allo scopo di consentire allo stesso di dedurre tempestivamente nel procedimento eventuali circostanze idonee ad influire sul contenuto dell'atto finale, così anticipando e prevenendo il contenzioso che potrebbe verificarsi in sede giurisdizionale[10].

La giurisprudenza amministrativa ha dovuto anzitutto chiarire l'ambito di applicazione del c.d. preavviso di rigetto.

L'adempimento partecipativo in questione, difatti, secondo quanto stabilito dall'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990, 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.

Tale esclusione non riguarda, però, i procedimenti sorti a seguito dell'istanza del funzionario finalizzata al riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di determinate infermità, in quanto gli stessi non hanno natura previdenziale ma indennitaria e, comunque, non sono gestiti da enti previdenziali ma dall'Amministrazione datrice di lavoro[11].

L'istituto, poi, stante la sua portata generale, trova applicazione anche nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio, con la conseguenza che deve ritenersi illegittimo il provvedimento di diniego dell'istanza di permesso in sanatoria che non è stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990 in quanto preclusivo per il soggetto interessato della piena partecipazione al procedimento e, dunque, della possibilità di un apporto collaborativo, capace di condurre a una diversa conclusione della vicenda[12].

Analogo discorso vale per il procedimento attivato per il rilascio del permesso di soggiorno, che, malgrado la particolarità della materia, è pur sempre un procedimento ad istanza di parte[13], nonché per il procedimento, regolato dall'art. 87 del d. lgs. n. 259 del 2003, volto all'esame delle domande di autorizzazione alla installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica, sebbene si sia in presenza di una disciplina speciale tesa a consentire una decisione in tempi certi e rapidi[14].

Vi sono dei casi, invece, ulteriori rispetto a quelli predeterminati dal legislatore all'art. 10-*bis*, in cui la giurisprudenza amministrativa esclude l'applicazione dell'istituto.

Si tratta dei procedimenti amministrativi in materia di antimafia, in quanto intrinsecamente caratterizzati da profili del tutto specifici connessi ad attività di indagine, oltre che da finalità, da destinatari e da presupposti incompatibili con le procedure partecipative, nonché da oggettive e intrinseche ragioni di urgenza[15]; delle fasi di *screening* ambientali quali passaggi intermedi verso la Valutazione di Impatto Ambientale (V.I.A.)[16]; dei procedimenti riguardanti il riconoscimento della causa di servizio, in quanto l'eventuale apporto partecipativo dell'interessato non produrrebbe effetti sul contenuto della determinazione

assunta[17]; dei procedimenti selettivi, volti ad individuare il candidato o i candidati che hanno titolo per transitare in una diversa Amministrazione[18]; dei procedimenti che si concludono con un ordine di demolizione di opere edilizie abusive, data la natura vincolante del provvedimento[19]; dei procedimenti ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione dei contratti di appalto pubblico[20]; dei provvedimenti di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica, disposta a' sensi dell'art. 159, cod. dei beni culturali, in quanto costituiscono esercizio, entro un termine decadenziale, di un potere che intercorre nell'ambito di un rapporto tra Autorità Pubbliche[21]; dei procedimenti di ammissione a finanziamenti pubblici[22].

Occorre, poi, chiarire i rapporti tra la garanzia partecipativa del c.d. preavviso di rigetto e la segnalazione certificata di inizio attività.

La natura giuridica della SCIA — che non è una vera e propria istanza di parte per l'avvio di un procedimento amministrativo che si conclude in forma tacita, bensì una dichiarazione di volontà privata di intraprendere una determinata attività ammessa direttamente dalla legge[23] — induce ad escludere che l'autorità procedente debba comunicare al segnalante l'avvio del procedimento o il preavviso di rigetto ex art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 prima dell'esercizio dei relativi poteri di controllo e inibitori[24].

Il denunciante, infatti, in questo caso è titolare di una posizione soggettiva originaria che rinvia il suo fondamento diretto ed immediato nella legge che non ha bisogno di alcun consenso dell'Amministrazione e, pertanto, la segnalazione di inizio attività non instaura alcun procedimento autorizzatorio destinato a culminare in un atto finale di assenso, espresso o tacito, da parte dell'Amministrazione; in assenza di procedimento, non c'è spazio per la comunicazione di avvio, per il preavviso di rigetto o per atti sospensivi da parte dell'Amministrazione[25].

Chiarito l'ambito di applicazione del preavviso di rigetto, per comprendere come in concreto si attegga il suo carattere necessario occorre soffermarsi su due profili.

Si tratta della motivazione del provvedimento finale di diniego in relazione alle osservazioni presentate dal cittadino a seguito della comunicazione dei motivi ostativi, nonché dell'eventuale sanabilità del provvedimento per la mancanza di questa comunicazione in virtù della dequotazione degli errori formali ovvero dell'eventuale immediata lesività del preavviso di rigetto.

3. La motivazione del preavviso di rigetto.

Si parta dall'aspetto concernente la motivazione.

La giurisprudenza amministrativa si è oramai consolidata nell'affermare che l'Amministrazione non è tenuta a svolgere una puntuale ed analitica confutazione delle singole deduzioni introdotte dai cittadini ai sensi dell'art. 10-*bis*, essendo sufficiente ai fini

della sua giustificazione una motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno dell'atto stesso[26].

La norma prevede che, entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione dei motivi ostantivi, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti.

Il d.l. Semplificazioni del 2020 ha modificato la tipologia di risposta che deve essere fornita dall'Amministrazione[27].

Nel testo originario del 2005, difatti, si prevedeva semplicemente che *“dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale”*.

Si trattava di una formulazione assolutamente sintetica, la cui conseguenza era che l'Amministrazione poteva limitarsi ad una stringata motivazione, anche di poche parole, delle ragioni sottostanti il mancato accoglimento delle osservazioni presentate dal cittadino, persistendo la volontà di determinarsi negativamente sull'istanza che ha dato avvio al procedimento.

Questa prassi, patologica e certamente non tale da implementare il contraddittorio dialogico nel rapporto tra l'Amministrazione ed il cittadino, ha comportato la necessità di un ripensamento nella formulazione della disposizione.

Così, con le modifiche intervenute nel 2020, si dispone ora che, *“qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostantivi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni”*.

La motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno del provvedimento di diniego[28] richiesta dalla giurisprudenza si riempie finalmente di un contenuto pregnante.

Il mancato accoglimento delle osservazioni non può essere motivato sulla base degli stessi motivi ostantivi che stavano alla base del c.d. preavviso di rigetto, ma occorre indicare quali sono i motivi ostantivi ulteriori che impediscono alle osservazioni presentate dai privati di superare la determinazione negativa dell'Amministrazione in merito all'istanza che ha dato impulso al procedimento[29].

Se il legislatore, nell'ottica di una partecipazione fattiva nel procedimento amministrativo, ha ritenuto che un provvedimento di diniego debba essere “preannunciato” dai motivi che non consentono l'accoglimento dell'istanza, è evidente che l'Amministrazione debba tenere in considerazione le osservazioni ulteriori presentate dal privato, non necessariamente con una motivazione del provvedimento finale di diniego che argomenti singolarmente sulle specifiche osservazioni presentate[30], ma fornendo comunque una valida ragione della determinazione negativa con l'indicazione degli ulteriori motivi ostantivi[31].

Questa novità è da accogliere favorevolmente guardando sia nella prospettiva dei cittadini nel loro rapporto con l'Amministrazione sia con specifico riferimento a quest'ultima: da un lato, difatti, si incrementa l'effettività della partecipazione procedimentale, non fine pertanto a se stessa e coerente con i principi di efficacia e celerità procedimentale[32], dall'altro la stessa attività dell'Amministrazione trova una maggiore tutela in quanto, così operando, si riduce il rischio che il provvedimento finale possa essere illegittimo per difetto o insufficienza della motivazione[33].

Ciò non vuol dire, ovviamente, che deve sussistere un rapporto di perfetta identità tra il preavviso di rigetto e l'atto conclusivo del procedimento[34], 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*[35].

4. La mancata comunicazione del preavviso di rigetto ed il suo carattere lesivo.

Quanto detto ora consente di passare al secondo profilo, ovvero quello concernente l'eventuale illegittimità del provvedimento finale ove sia mancata la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda.

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario, oramai consolidato sul punto, ritiene che la mancata comunicazione dei motivi ostativi di cui all'art. 10-*bis* non determina l'automatica illegittimità del provvedimento finale qualora possa trovare applicazione l'art. 21-*octies* della stessa l. n. 241/1990.

Attraverso la dequotazione dei vizi formali dell'atto[36], la disposizione appena richiamata mira a garantire una maggiore efficienza all'azione amministrativa, risparmiando antieconomiche ed inutili duplicazioni di attività, laddove il riesercizio del potere non potrebbe comunque portare all'attribuzione del bene della vita richiesto dall'interessato[37].

L'art. 10-*bis* ha la funzione di assicurare un'effettiva partecipazione dell'istante all'esercizio del potere amministrativo, sollecitando un contraddittorio procedimentale in funzione collaborativa e difensiva.

In questo modo, da un lato, si garantisce un apporto collaborativo del privato mediante l'introduzione di elementi istruttori o deduttivi suscettibile di apprezzamento da parte dell'organo procedente, dall'altro si consente l'anticipata acquisizione in sede procedimentale di contestazioni (di natura difensiva) suscettibili di evidenziare eventuali profili di illegittimità delle ragioni ostative preannunciate dall'Amministrazione[38].

L'istituto del c.d. preavviso di rigetto, quindi, ha lo scopo di far conoscere all'Amministrazione procedente le ragioni fattuali e giuridiche dell'interessato che potrebbero contribuire a far assumere una diversa determinazione finale, derivante dalla ponderazione di tutti gli interessi in gioco; tuttavia, tale scopo viene meno ed è di per sé inidoneo a

giustificare l'annullamento del provvedimento nei casi in cui il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sia in quanto vincolato, sia in quanto, sebbene discrezionale, sia stata raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità[39].

In altri termini, leggendo l'art. 10-*bis* in combinato disposto con l'art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990, così come deve essere fatto per le altre norme in materia di partecipazione procedimentale[40], si deve giungere ad una sua interpretazione non in senso formalistico, ma avendo riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza ha causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con l'Amministrazione, sicché il mancato o l'incompleto preavviso di rigetto non comporta l'automatica illegittimità del provvedimento finale[41], allorquando, in ipotesi, possa trovare applicazione l'art. 21-*octies* della stessa legge, secondo il quale il giudice non può annullare il provvedimento per vizi formali, che non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale di un provvedimento, il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato[42].

Le garanzie procedimentali, difatti, sono dettate a tutela di interessi concreti, hanno carattere sostanziale e non devono risolversi in inutili aggravii procedimentali, in contraddizione con i fondamentali canoni di efficienza e speditezza del procedimento amministrativo[43].

Ne consegue, pertanto, che la violazione della garanzia partecipativa dell'art. 10-*bis* assume rilievo solamente ove la mancata partecipazione del privato abbia impedito al medesimo di apportare utili elementi di valutazione da sottoporre alla valutazione dell'Amministrazione interessata[44].

Occorre segnalare, al riguardo, una novità apportata alla disposizione dell'art. 21-*octies* dal d.l. semplificazioni del 2020[45].

Si precisa, difatti, che per il provvedimento adottato in violazione dell'art. 10-*bis* non può trovare applicazione la norma secondo cui *“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”*.

Si tratta, come può essere facilmente desunto, di una precisazione non necessaria, perché, se si afferma che la mancanza del c.d. preavviso di rigetto determina l'illegittimità del provvedimento finale solo ove questo abbia precluso una partecipazione attiva del privato all'attività amministrativa, ciò comporta che, in questi casi, possa trovare applicazione solamente il primo periodo del co. 2, art. 21-*octies*, legge n. 241 del 1990 secondo cui *“non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*[46].

La conseguenza della dequotazione dei vizi formali è che solamente la violazione sostanziale delle garanzie partecipative può determinare l'annullabilità del provvedimento amministrativo[47].

Quanto detto sinora sulla natura del c.d. preavviso di rigetto permette un approdo sicuro in relazione alla sua lesività ed alla conseguente impugnabilità.

Difatti, si può pervenire alla conclusione che il preavviso di rigetto è un atto endoprocedimentale, privo, per sua stessa natura, di potenzialità lesiva, avente lo scopo di consentire all'interessato di instaurare un vero e proprio contraddittorio con l'Amministrazione, mediante la presentazione delle proprie osservazioni o integrazioni documentali, al fine di aumentare così la possibilità di far modificare la determinazione dell'Amministrazione e ottenere il soddisfacimento dei suoi interessi.

Sulla base delle osservazioni presentate dal soggetto interessato, l'Amministrazione può addivenire ad una conclusione del procedimento diversa rispetto a quella prospettata nel preavviso di rigetto ovvero può confermare la propria posizione nell'atto di diniego che è il solo atto definitivo e, quindi, lesivo della sfera giuridica del destinatario[48].

L'atto impugnabile, in caso di illegittimità, è solo il provvedimento finale di diniego.

5. La novità del d.l. Semplificazioni 2020: il preavviso di rigetto adesso sospende i termini del procedimento.

Uno dei profili più interessanti della previsione dell'art. 10-*bis* è quello relativo alle conseguenze che la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda produce sui termini di conclusione del procedimento.

Termini che, come noto, sono ordinariamente fissati dall'art. 2 della medesima legge n. 241 del 1990 in trenta giorni o per le Amministrazioni statali in novanta giorni (che in alcuni casi particolari possono giungere sino ad un massimo di centottanta giorni).

Nella previsione originaria del 2005, si prevedeva che la comunicazione del preavviso di rigetto “*interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo*”, ovvero i dieci giorni successivi alla comunicazione concessi per la presentazione delle osservazioni[49].

La prima conseguenza dell'interruzione dei termini è che la comunicazione dei motivi ostativi rende irrilevante la precedente inerzia dell'Amministrazione e comporta il decorso di un nuovo termine di conclusione del procedimento, alla cui eventuale infruttuosa scadenza maturerà un silenzio assenso o diniego nei casi espressamente previsti dalla legge[50].

La seconda è che la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento di una domanda interrompe anche i termini per la formazione di un eventuale silenzio assenso, in quei casi in cui l'ordinamento ha inteso assegnare al silenzio serbato dall'Amministrazione su un'istanza il valore di assenso alla richiesta[51].

Del resto, non potrebbe ritenersi logica la formazione di un provvedimento tacito di assenso quando la stessa Amministrazione, sia pure in modo ancora non definitivo, abbia chiaramente indicato (nel preavviso di diniego) le ragioni per le quali la domanda proposta non può essere accolta[52].

Deve essere rilevato che l'interruzione dei termini, dal punto di vista processuale, comporta l'impossibilità di attivazione dei rimedi contro l'inerzia – che non vi è – in caso di mancato invio di osservazioni.

Il richiedente che riceva la comunicazione e decida di non inviare osservazioni riservandosi l'impugnazione diretta del provvedimento finale, si trova senza tutela nel periodo intercorrente fra la riattivazione del termine procedimentale – 10 giorni dalla ricezione della comunicazione *ex art. 10-bis* — e l'adozione di detto provvedimento finale, non potendo invocare l'inerzia non formatasi per effetto del nuovo termine procedimentale che l'Amministrazione, in virtù della comunicazione, si è auto assegnata (né potendo impugnare il preavviso di diniego per il suo pacifico carattere di atto endoprocedimentale).

Tuttavia, la significativa modifica dell'art. 31 cod. proc. amm. dedicato al giudizio avverso il silenzio inadempimento, intervenuta con il primo correttivo al Codice[53], ha introdotto la locuzione "*e negli altri casi previsti dalla legge*", cosicché può affermarsi che nell'ipotesi di cui all'art. 10-*bis* al soggetto destinatario della comunicazione di motivi ostativi spetta quantomeno l'azione volta all'accertamento della fondatezza della pretesa[54], e ciò senza l'intermediazione dell'atto finale[55].

L'interruzione dei termini determinata ad istruttoria conclusa[56], secondo la previsione originaria dell'art. 10-*bis*, dalla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza comportava necessariamente, con il nuovo decorso del termine, un allungamento dei tempi procedurali, anche per quanto concerne, come si è poc'anzi visto, la formazione di un eventuale silenzio amministrativo, allungamento che si poteva ritenere controbilanciato dalla garanzia procedimentale prevista in favore del privato di presentare deduzioni rispetto alla determinazione dell'Amministrazione al fine di conseguire una determinata utilità[57].

Lo svantaggio che si determinava per il privato era però in ogni caso evidente e così il d.l. semplificazioni del 2020[58] è intervenuto anche su questa previsione dell'art. 10-*bis*.

L'interruzione non è più prevista e, difatti, nella nuova formulazione si prevede che "*la comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo*".

La novella non è di poco conto perché la comunicazione dei motivi ostativi non interrompe più il termine di conclusione del procedimento ma lo sospende solamente facendolo riprendere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni.

La conseguenza è lampante: i tempi procedurali si possono allungare anche con la sospensione del termine, ma non certamente come nel caso dell'interruzione, ove il termine decorreva nuovamente dall'inizio[59].

È una novità da accogliere con favore perché anche il termine di conclusione del procedimento, alla stessa stregua del c.d. preavviso di rigetto, è una garanzia procedimentale per il privato, nonché un incentivo all'efficacia dell'azione amministrativa[60].

6. Osservazioni conclusive sull'orientamento del Consiglio di Stato.

Dato conto dell'imprescindibile ruolo del preavviso di rigetto nel rendere effettive le garanzie partecipative del cittadino nel rapporto con l'Amministrazione, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello, riformando la sentenza di primo grado ed annullando quindi il provvedimento di diniego per violazione dell'art. 10 *bis*, in virtù della mancata considerazione delle osservazioni comunicate dall'istante in riscontro al preavviso di rigetto, avendo l'Amministrazione assunto il provvedimento di diniego sulla base degli stessi rilievi riportati nella comunicazione dei motivi ostativi *ex* art. 10 *bis* legge n. 241/90, senza indicare in alcun modo le ragioni per cui le specifiche osservazioni formulate dall'istante, incidenti tanto sulla ricostruzione dei fatti di causa (in specie, in ordine all'esistenza, anziché di un locale tecnico, di un'intercapedine tombata) quanto sulla qualificazione delle opere in contestazione (se collegate o meno ad opere abusive e se qualificabili come volume tecnico), non potessero essere accolte.

Il Consiglio di Stato ha correttamente raggiunto questa conclusione ricordando, sulla base peraltro di orientamenti consolidati, che l'istituto del preavviso di rigetto, attesa la sua portata generale, trova applicazione anche nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio, con la conseguenza che deve ritenersi illegittimo il provvedimento di diniego dell'istanza di permesso in sanatoria che non sia stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui all'art. 10 *bis*, in quanto preclusivo per il soggetto interessato della piena partecipazione al procedimento e dunque della possibilità di uno apporto collaborativo, capace di condurre ad una diversa conclusione della vicenda[61].

La lesione del contraddittorio procedimentale, difatti, è idonea ad inficiare la legittimità del provvedimento anche nei procedimenti vincolati, quale quello di sanatoria, allorquando il contraddittorio procedimentale con il privato interessato avrebbe potuto fornire all'Amministrazione elementi utili, se non imprescindibili, ai fini della decisione, ad esempio in ordine alla ricostruzione dei fatti o all'esatta interpretazione delle norme da applicare[62].

Perché la violazione dell'art. 10 *bis* possa comportare l'illegittimità del provvedimento impugnato, il privato non può limitarsi a denunciare la lesione delle proprie garanzie partecipative, ma è tenuto anche ad indicare gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento, rendendolo diverso[63].

Ne deriva che la violazione di questa norma è idonea a determinare l'annullamento del diniego di sanatoria, qualora, alla stregua degli elementi deduttivi e istruttori forniti dal cittadino, vi sia il dubbio che, in caso in osservanza delle disposizioni procedurali in concreto violate, il contenuto dispositivo dell'atto sarebbe stato identico a quello in concreto assunto.

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha statuito che non soltanto ricorre la violazione dell'art. 10 *bis*, ma non può ritenersi neppure con certezza che, in caso di corretta applicazione di questa norma, l'Amministrazione sarebbe comunque pervenuta al medesimo esito, di diniego dell'istanza di parte.

In particolare, si deve osservare che un'applicazione corretta dell'art.10 *bis* comporta, non solo che l'Amministrazione enunci compiutamente nel preavviso di provvedimento negativo le ragioni che intende assumere a fondamento del diniego, ma anche che le integri, nella determinazione conclusiva, se ancora negativa, con le argomentazioni finalizzate a confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del contraddittorio predecisorio attivato dall'adempimento procedurale in questione^[64].

Solamente perseguendo questa traiettoria è possibile assicurare un effettivo ed utile confronto dialogico con l'interessato prima della formalizzazione dell'atto negativo, evitando che il preavviso di rigetto si traduca in un inutile adempimento formale^[65], circostanza che le novità apportate dal d.l. Semplificazioni vogliono assolutamente evitare e che pertanto debbono trovare una piena implementazione^[66], anche al fine di una maggiore trasparenza dell'azione amministrativa^[67].

[1] Sulle novità introdotte dalla legge n. 15 del 2005 e su come questa abbia, in realtà, alterato la filosofia complessiva della legge n. 241 soprattutto nella parte in cui ha introdotto uno statuto formale del provvedimento cfr. M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 459 ss.

[2] Tra i primi commenti successivi all'introduzione dell'istituto del preavviso di rigetto cfr. 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 Mazgaroli*, Padova, Cedam, 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, II, 1080 ss.; F. Saitta, *Preavviso di rigetto ed atti di conferma: l'errore sta nella premessa*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3235 ss.; D. Vaiano, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008, 47 ss.

[3] Sul punto v. S. Tarullo, *L'art. 10-bis della legge n. 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *Giust.Amm.*

[4] In letteratura è stato rilevato come il passaggio “da un tipo di amministrazione ancora tradizionalmente “separata ed autoritaria” ad un'amministrazione di tipo nuovo, colloquiale e, dunque, “relazionale” sia idonea a determinare un vero e proprio “cambio di paradigma” nell'attività e nell'organizzazione di quest'ultima: così G. Azzariti, *Introduzione: la comunicazione come funzione*, in G. Arena (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2001, 15 ss.

[5] Cfr. V. Cerulli Irelli, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante «Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241»)*, in *Astrid Rassegna*, n. 4 del 2005.

[6] La definizione è ancora di S. Tarullo, *L'art. 10-bis della legge n. 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, cit.

[7] Queste espressioni sono da ricondurre a M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 22 ss.

[8] In tema cfr. E. Frediani, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, in *Dir. amm.*, 2005, 1003 ss.

[9] Cfr., ad esempio, S. Licciardello, *Diritto amministrativo*, Milano, Le Monnier, 2020, 181 ss.

[10] Sul punto v. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 1° giugno 2020, n. 2093, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui "l'introduzione nell'ordinamento, con legge 11 febbraio 2005 n. 15, del preavviso di rigetto ha segnato l'ingresso di una modalità di partecipazione al procedimento, con la quale si è voluta "anticipare" l'esplicitazione delle ragioni del provvedimento sfavorevole alla fase endoprocedimentale, allo scopo di consentire una difesa ancora migliore all'interessato, mirata a rendere possibile il confronto con l'amministrazione sulle ragioni da essa ritenute ostative all'accoglimento della sua istanza, ancor prima della decisione finale".

[11] Sul punto cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 1° settembre 2020, n. 1628, in www.giustizia-amministrativa.it.

[12] T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 8 ottobre 2020, n. 1067, in www.giustizia-amministrativa.it.

[13] Così Cons. Stato, Sez. III, 5 dicembre 2019, n. 8341, in www.giustizia-amministrativa.it; in ultimo ribadito da T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 4 febbraio 2021, n. 777, in www.giustizia-amministrativa.it.

[14] In materia Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1001, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 7 ottobre 2016, n. 2463, in *Foro amm.*, 2016, 2528 ss.

[15] Ad esempio, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 1° aprile 2021, n. 2230, in www.giustizia-amministrativa.it; id., 10 febbraio 2020, n. 625, in *Foro amm.*, 2020, 338 ss.

[16] Sul punto Cons. Stato, Sez. II, 7 settembre 2020, n. 5379, in www.giustizia-amministrativa.it, da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 9 febbraio 2021, n. 840, in *Foro amm.*, 2021, 317 ss.

[17] T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 2 novembre 2020, n. 695, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 20 febbraio 2020, n. 2257, *in*; analogo discorso vale per il procedimento volto al riconoscimento dell'equo indennizzo per infermità dipendente da causa di servizio: T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 25 settembre 2020, n. 2301, in www.giustizia-amministrativa.it.

[18] Ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 1° giugno 2020, n. 5841, in www.giustizia-amministrativa.it.

[19] Così T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 10 marzo 2020, n. 1100, in www.giustizia-amministrativa.it.

[20] In questo senso T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3 marzo 2020, n. 2752, in *L'Amministrativista*, 2020.

[21] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 gennaio 2020, n. 131, in www.giustizia-amministrativa.it.

[22] T.A.R. Umbria, Sez. I, 3 gennaio 2020, n. 18, in www.giustizia-amministrativa.it, in quanto rientranti, seppur in termini generali, nella categoria dei procedimenti concorsuali, già espressamente esclusi dall'ambito di applicazione dell'istituto dallo stesso art. 10-bis.

[23] Sui problemi applicativi di questa dichiarazione cfr. L. Bertonazzi, *Scia e tutela del terzo nella sentenza della Corte costituzionale n. 45/2019*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 711 ss.; E. Frediani, *Scia, tutela del terzo ed esigenze di coerenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 579 ss.; G. Greco, *SCLA e tutela del terzo al vaglio della Corte costituzionale: è troppo auspicare un ritorno al passato (o quasi)*, in *Giust.Amm.*, 2018; W. Giulietti, A. Giusti, *Tutela del terzo nella scia e principio di effettività, ricercando un'interpretazione costituzionalmente conforme del c. 6 ter dell'art. 19 l. proc.*, in *Giust.Amm.*, 2018; E. Boscolo, *La SCLA dopo la legge Madia e i decreti attuativi*, in *Giur. it.*, 2016, 2799 ss.; P.M. Vipiana, *I poteri amministrativi a seguito di SCLA al vaglio della Consulta*, in *Giur. it.*, 2016, 2234 ss.; D. Vese, *La segnalazione certificata di inizio attività come modello di semplificazione procedimentale*, Pisa, Pacini, 2016; F. Volpe, *L'annullamento del*

silenzio assenso e della s.c.i.a. Riflessioni di teoria generale a seguito dell'abrogazione dell'art. 21, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241, in *Giust.Amm.*, 2015; G. Greco, *Ancora sulla Scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 645 ss.; F. Saitta, *S.c.i.a. ed autotutela, tra contraddizioni legislative e... giurisprudenza creativa*, in *Giust.Amm.*, 2014; G. Crepaldi, *Le prospettive di tutela del terzo nell'ambito della Scia*, in *Dir. econ.*, 2013, 279 ss.; R. Ferrara, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 172 ss.; M. Ramajoli, *La S.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 329 ss.; E. Zampetti, *D.i.a. e S.c.i.a. dopo l'adunanza plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, in *Dir. amm.*, 2011, 811 ss.; M.A. Sandulli, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione "a rischio"*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 465 ss.; B.G. Mattarella, *La scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1328 ss.

[24] Da ultimo, in questo senso, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 dicembre 2021, n. 7787, in www.giustizia-amministrativa.it; id., Sez. IV, 3 dicembre 2021, n. 7772, *ivi*.

[25] Così concorde, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1111, in *Foro amm.*, 2019, 227 ss.; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 28 ottobre 2019, n. 256, in *Foro amm.*, 2019, 1730 ss.

[26] Così, ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 4 novembre 2020, n. 6815, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 15 marzo 2021, n. 17, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1808, in www.giustizia-amministrativa.it.

[27] Per una più ampia trattazione si consenta il rinvio a M. Ricciardo Calderaro, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *Federalismi*, n. 11-2022, 126 ss.

[28] Sul punto v. anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 2 marzo 2020, n. 947, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui è legittimo il provvedimento sorretto da una motivazione esaustiva e logica, tale da evidenziare inequivocabilmente le ragioni delle diverse conclusioni raggiunte.

[29] È interessante notare come in alcune pronunzie minoritarie (ad esempio, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 9 marzo 2020, n. 1041 e T.A.R. Veneto, Sez. III, 21 gennaio 2019, n. 72, in www.giustizia-amministrativa.it), il giudice amministrativo affermi che “*non deve sussistere un rapporto di identità, tra il preavviso di rigetto e la determinazione conclusiva del procedimento, né una corrispondenza puntuale e di dettaglio tra il contenuto dei due atti, ben potendo la pubblica amministrazione ritenere, nel provvedimento finale, di dover meglio precisare le proprie posizioni giuridiche, sempre che il contenuto sostanziale del provvedimento conclusivo di diniego si iscriva nello schema delineato dalla comunicazione resa ai sensi dell'art. 10-bis l. n. 241/1990, esclusa ogni possibilità di fondare il diniego definitivo su ragioni del tutto nuove*”.

[30] Così anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 18 dicembre 2020, n. 6255, in www.giustizia-amministrativa.it; da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 10 gennaio 2022, n. 158, *ivi*, secondo cui l'onere dell'Amministrazione di illustrare le ragioni per le quali non abbia tenuto conto delle osservazioni dei privati, presentate ai sensi dell'art. 10-bis l. n. 241/1990, non deve essere inteso in senso formalistico.

[31] È evidente che, laddove il provvedimento finale non tenesse conto in alcun modo dell'apporto partecipativo del privato, questo risulterebbe illegittimo per violazione di legge, ed in particolare dell'art. 10-bis, legge n. 241 del 1990: in questo senso T.A.R. Sardegna, Sez. II, 2 luglio 2020, n. 367, in www.giustizia-amministrativa.it.

[32] Secondo, ad esempio, il T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 4 agosto 2020, n. 3500, in www.giustizia-amministrativa.it, le garanzie partecipative e gli obblighi motivazionali ex artt. 3 e 10 bis, l. n. 241/1990 non possono tradursi - a discapito dei principi procedurali di efficacia e celerità - in un interminabile confronto dialettico con l'interessato e in un'analitica replica agli argomenti da quest'ultimo propugnati, essendo sufficienti, per la loro osservanza, il compiuto apprezzamento e la perspicua esplicitazione dei presupposti fattuali e delle ragioni giuridiche che, in positivo, ossia in logica ed insuperata antitesi alle anzidette deduzioni, hanno giustificato la preannunciata determinazione sfavorevole.

[33] In tema, tra gli ultimi scritti, si rinvia a G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss.

[34] Tenendo in considerazione, però, che il preavviso di rigetto è un adempimento che “*va preso sul serio*”: così M. Brocca, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar Campania, Sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in *Giustiziainsieme*, 25 febbraio 2021.

[35] Sul punto, da ultimo, v. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 4 giugno 2021, n. 973, in *www.giustizia-amministrativa.it*; ma già Cons. Stato, Sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6325, in *Foro amm. CdS*, 2007, 3389.

[36] Secondo M.C. Cavallaro, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il processo*, 2020, 1 ss., “la legge n. 241 del 1990 rappresenta in un certo senso la sintesi delle due visioni contrapposte, dal momento che in essa è possibile cogliere quei profili più garantisti delle tutele del privato, maggiormente legati allo spirito della legalità formale, che si accompagnano alle esigenze di semplificazione ed efficienza dell'azione amministrativa, le quali idealmente rispondono alle istanze della legalità sostanziale o di risultato”.

[37] Così, tra le ultime pronunzie, Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, sez. giurisd., 27 ottobre 2020, n. 996, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[38] Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1001, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[39] È conforme all'orientamento del giudice amministrazione anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione: in questo senso, ad esempio, Cass. civ., Sez. I, 10 giugno 2020, n. 11083, in *Guida dir.*, 2020, 46, 57 ss.

[40] Qui si deve richiamare quanto scritto da F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giustamm*, 2005.

[41] Così Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1144, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[42] In questi termini Cons. Stato, Sez. II, 12 febbraio 2020, n. 1081, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. III, 19 febbraio 2019, n. 1156, in *www.giustizia-amministrativa.it*; id., Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 256, in *Foro amm.*, 2019, 62 ss.

[43] Sul punto, ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 28 marzo 2019, n. 2052, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[44] In giurisprudenza v., ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 11 febbraio 2020, n. 1805, in *Foro amm.*, 2020, 305 ss.

[45] Su cui si v. R. Fusco, *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)*, in *GiustiziaInsieme*, 6 luglio 2022.

[46] Così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. II, 2 agosto 2021, n. 5676, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. II, 22 dicembre 2020, n. 8230, *ivi*.

[47] Riprendendo le parole di A. Falzea, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, Milano, 1999, 178, “la condizione ottimale di ogni società giuridicamente organizzata sta nell'equilibrata presenza e nel corretto temperamento della componente sostanziale e della componente formale del diritto”.

[48] Così, ad esempio, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 17 marzo 2020, n. 1173, in *www.giustizia-amministrativa.it*; ma già Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3043, in *Foro amm. CdS*, 2005, 1833 ss.

[49] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 9 maggio 2012, n. 2137, in *Riv. giur. edil.*, 2012, 822 ss.

[50] Sul punto v., ad esempio, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 8 agosto 2019, n. 2074, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[51] La bibliografia in tema di silenzio dell'Amministrazione è molto vasta. Al riguardo, tra i tanti, cfr. M. Andreis, *La conclusione inespressa del procedimento*, Milano, Giuffrè, 2006; B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, p. 179 ss.; V. Parisio, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, Giuffrè, 1996; Id., *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, 2798 ss.; A. Cioffi, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005, n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 99 ss.; C.E. Gallo, *Silenzio e comportamento della p.a. tra giudice amministrativo e giudice ordinario*, in *Urb. e app.*, 2005, 171 ss.; A. Romeo, *Brevi note in tema di silenzio della p.a. e obbligo di provvedere*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 3481 ss.; C.E. Gallo, *Il silenzio della p.a.: profili sostanziali e processuali*, in S. Raimondi, R. Ursi (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna: atti del convegno di studi italo-spagnolo (Palermo, 19-23 marzo 2001)*, Torino, Giappichelli, 2002, 85 ss.; F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 261 ss.; A. Travi, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 16 ss.; G.B. Garrone, *Silenzio della p.a. (Ricorso giurisd. amm.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1999, vol. XIV, 191 ss.; F.G. Scoca, M. D'Orsogna, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 393 ss.; A. Travi, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 1985; A.M. Sandulli, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e soc.*, 1982, p. 715 ss.; F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*,

Milano, Giuffrè, 1971; dal punto di vista processuale, in particolare, v. A. Scognamiglio, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 450 ss.; M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 709 ss.; C. Benetazzo, *Il potere del giudice amministrativo di "conoscere della fondatezza dell'istanza" nel giudizio avverso il silenzio-rifiuto della P.A.*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 501 ss.; più di recente, ancora sull'istituto del silenzio, cfr. M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il processo*, 2022, 11 ss.; M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi*, n. 10-2020, 21 ss.; P. Otranto, *Silenzio e interesse pubblico nell'attività amministrativa*, Bari, Cacucci, 2018.

[52] In tema v. T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 11 giugno 2015, n. 41, in *Foro amm.*, 2015, 1735 ss.

[53] Su cui v., ad esempio, C.E. Gallo, *Il decreto correttivo al codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2012, 23 ss.

[54] Ovviamente, come ricordato ad esempio da T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 22 febbraio 2021, n. 2173, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il giudice, a' sensi dell'art. 31, co. 3, in caso di ricorso avverso il silenzio-inadempimento della Amministrazione, può pronunciare sulla fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio solamente nel caso in cui si tratti di attività vincolata, oppure quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori da parte dell'Amministrazione.

[55] Sul punto v. T.A.R. Veneto, Sez. III, 28 marzo 2012, n. 426, in *Foro amm. TAR*, 2012, 745 ss.

[56] T.A.R. Veneto, Sez. III, 24 aprile 2007, n. 1299, in *Foro amm. TAR*, 2007, 1280 ss.

[57] Così T.A.R. Veneto, Sez. III, 7 maggio 2008, n. 1256, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1248 ss.

[58] Su cui in generale v. il volume di S. Foà, A. Camaiani (a cura di), *Gestione nazionale della pandemia, misure giuridiche tra Costituzione e Cedu. Profili critici*, Torino, Giappichelli, 2022.

[59] In realtà, come osservato da G. Crepaldi, *La sospensione del termine per la conclusione del procedimento amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2007, 108 ss., la disposizione originaria, pur parlando espressamente di interruzione del termine, si prestava ad interpretazioni equivoche, che potevano far ritenere che il legislatore si riferisse alla mera sospensione del termine; sul punto v. altresì C. Videtta, *Note a margine del nuovo art. 10 bis, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 837 ss.; G. Bottino, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10 bis, l. n. 241 del 1990*, nota a *Tar Lazio*, sez. II, 18 maggio 2005 n. 3921, in *Foro amm. Tar*, 2005, 1554 ss.

[60] Al riguardo, per esemplificare il ritmo sollecito che deve scandire il procedimento amministrativo, si può richiamare l'efficace espressione "ansia di provvedere" di E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 345; in tempi più recenti v. anche F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *Federalismi*, fasc. n. 36-2020, 33 ss.

[61] In tema v., ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5537, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[62] Cons. Stato, Sez. VI, 1° marzo 2018, n. 1269, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 3, I, 752 ss.

[63] Cons. Stato, Sez. VI, 16 settembre 2022, n. 8043, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[64] Cons. Stato, Sez. VI, 27 settembre 2018, n. 5557, in *Foro amm.*, 2018, 1469 ss.

[65] V. al riguardo le riflessioni di A. Cauduro, *Gli obblighi dell'amministrazione pubblica per la partecipazione procedimentale*, Napoli, Jovene, 2023, spec. 122 ss.

[66] Concorde è la posizione di M.R. Spasiano, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in M. Andreis, G. Crepaldi, S. Foà, R. Morzenti Pellegrini, M. Ricciardo Calderaro (a cura di), *Studi in onore di Carlo Emanuele Gallo*, Torino, Giappichelli, 2023, Vol. I, 523 ss.

[67] Su cui v. S. Foà, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, 65 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, maggio – giugno 2023

Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*

di Maria Alessandra Sandulli

Il tema che mi è stato chiesto di affrontare è, come noto, uno dei più caldi dell'annoso dibattito sul delicato e difficile bilanciamento tra i contrapposti interessi incisi dalla disciplina e dall'applicazione delle cd informazioni interdittive antimafia (di seguito, per brevità, anche "interdittive antimafia" o solo "interdittive")ⁱ. Come ripetutamente sottolineato dalla giurisprudenza, l'interdittiva antimafia è *“una misura volta alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione”*ⁱⁱ.

Per una migliore percezione della posizione della giurisprudenza amministrativa è ancora utile richiamare le parole dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2018: l'interdittiva antimafia è *“un provvedimento amministrativo al quale deve essere riconosciuta natura cautelare e preventiva, in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost.; ... misura volta – ad un tempo – alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica amministrazione. Tale provvedimento, infatti, mira a prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa nelle imprese, volti a condizionare le scelte e gli indirizzi della Pubblica amministrazione e si pone in funzione di tutela sia dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, riconosciuti dall'art. 97 Cost., sia dello svolgimento leale e corretto della concorrenza tra le stesse imprese nel mercato, sia, infine, del corretto utilizzo delle risorse pubbliche. L'interdittiva esclude, dunque, che un imprenditore, persona fisica o giuridica, pur dotato di adeguati mezzi economici e di una altrettanto adeguata organizzazione, meriti la fiducia delle istituzioni (sia cioè da queste da considerarsi come 'affidabile') e possa essere, di conseguenza, titolare di rapporti contrattuali con le predette amministrazioni, ovvero destinatario di titoli abilitativi da queste rilasciati, come individuati dalla legge”*.

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..

Da ciò la difficoltà di trovare un giusto equilibrio tra i contrapposti diritti e interessi: da un lato, i diritti fondamentali dei consociati a vivere in un clima di sicurezza pubblica e quelli degli imprenditori a operare in un regime di libera concorrenza e, dall'altro, i diritti dei destinatari dei provvedimenti interdittivi, che, in nome di tali diritti e interessi fondamentali, incidono comunque su sfere di libertà e diritti fondamentali della persona, tra i quali, alla luce della CEDU e della Carta di Nizza, devono ritenersi compresi anche il diritto di impresa e di proprietà.

Il tema qui affrontato ha assunto, come noto, massima attualità per effetto del cd decreto *discovery* n. 152 del 2021, con il quale, rispondendo a un'esigenza ripetutamente rappresentata dalla dottrina, il legislatore ha introdotto un obbligo di contraddittorio nel procedimento per il rilascio dell'informazione.

Ricordo a me stessa che, in base all'art. 91, co. 1, del Codice antimafia (d.lgs. n. 159/2011, più volte modificato e integrato fino alla citata riforma del 2021), l'informazione antimafia (liberatoria o interdittiva) deve essere acquisita dalle pp. AA. e dai soggetti a esse equiparati *“prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67, il cui valore sia: a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati; b) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali; c) superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche”*.

L'informazione è rilasciata dal Prefetto, previa consultazione della banca dati nazionale unica, e conserva validità per dodici mesi.

In particolare, ai sensi dell'art. 92 del Codice, *“quando non emerge, a carico dei soggetti ivi censiti, la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4”*, l'informazione antimafia liberatoria deve essere *“immediatamente conseguente”* alla suddetta consultazione.

Qualora, invece, da quest'ultima emerga la sussistenza di tali circostanze, il Prefetto, entro i successivi 30 giorni, deve disporre le verifiche occorrenti e rilasciare, se del caso, un'informazione interdittiva (art. 92, co. 2). Il termine è protratto quando le verifiche disposte siano di particolare complessità: in questo caso, il Prefetto deve darne tempestiva comunicazione (*“senza ritardo”*) all'amministrazione interessata, e fornirle le informazioni acquisite nei successivi 45 giorni. L'ultimo periodo del comma precisa che il Prefetto procede con le stesse modalità quando la consultazione della banca dati è eseguita per un soggetto che risulti non censito.

L'art. 92 aggiunge peraltro che, decorso il suddetto termine di 30 gg. o, *“nei casi di urgenza, immediatamente, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza dell'informazione antimafia”*; ma *“I contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 sono*

corrisposti sotto condizione risolutiva e [qualora sopravvenga l'informazione interdittiva] i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti”.

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 presso il Consiglio di Statoⁱⁱⁱ, 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^{iv}, 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 [all] 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...»^v, 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^{vi}.

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^{vii}- 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»^{viii}*.

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”)^{ix}, 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^x.

Il dibattito sulla natura e sui presupposti dell’interdittiva, cui si lega strettamente quello sull’ambito e sull’effettività del relativo sindacato giurisdizionale, è sempre acceso e il TAR di Reggio Calabria ha apportato importanti contributi al suo sviluppo. La tematica ha, come noto, coinvolto anche la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale, portandola a coniare la discutibile categoria della tassatività giurisprudenziale o “giurisprudenza tassativizzante”, ritenuta eccezionalmente idonea a integrare i fisiologici limiti evolutivi del sistema normativo in una lotta contro un’organizzazione particolarmente forte, agguerrita e pericolosa, senza ledere il principio di legalità dell’azione amministrativa e quello di effettività della tutela giurisdizionale. In particolare, la Corte costituzionale, ha, ancora nel 2020 (con la nota sentenza n. 57/20), affermato la “tenuta” del sistema, facendo leva sulla natura preventiva e provvisoria dell’informazione interdittiva, per escludere che -diversamente da quanto affermato (all’esito della nota sentenza CEDU del 23 dicembre 2017 nella causa De Tommaso c. Italia) per le misure di prevenzione limitative della libertà personale ed esteso alle misure patrimoniali in quanto lesive di un altro diritto convenzionale come quello di proprietà- con riferimento alle informazioni, e in particolare a quelle cd “generiche”, la presenza di elementi “elastici” di valutazione, lasciati all’apprezzamento del Prefetto, arrechi un *vulnus* agli artt. 3 e 41 Cost. e integri una violazione del principio fondamentale di legalità sostanziale, riconoscendo alla cd tipizzazione giurisprudenziale, inaugurata dalla sentenza n. 1743/2016 del Consiglio di Stato, la capacità di garantire un livello sufficiente di tassatività sostanziale (che, in ambito sanzionatorio alla stregua dei cc.dd. *Engel criteria*, non sarebbe invece adeguata); e ha escluso del pari un *vulnus* al principio di effettività della tutela, affermando che, attraverso l’utilizzo dei poteri cognitivi e istruttori riconosciutigli dal codice processuale, il sindacato del giudice amministrativo scende “nei fatti” ed è pieno perché valuta la ragionevolezza e la proporzionalità del giudizio prognostico, secondo la logica del ragionamento induttivo di tipo probabilistico (non quindi “al di là di ogni ragionevole dubbio”, ma soltanto “più probabile che non” o “probabilità cruciale”), posto a fondamento dell’informazione.

Su questi profili abbiamo ascoltato/ascolteremo come da programma, gli altri autorevoli relatori.

Il filo del rasoio sul quale, in assenza di una tipizzazione normativa previa, chiara e certa delle ipotesi in cui il Prefetto è legittimato a interdire l’esercizio di diritti fondamentali sulla base del “sospetto” di infiltrazione mafiosa, corre il confine tra valutazione e arbitrio e, in ambito processuale, quello tra potere/dovere di esercitare un sindacato effettivo sull’attendibilità del

criterio valutativo utilizzato e consequenzialità logica della decisione assunta, attraverso un controllo pieno e reale sui fatti e divieto di invasione dell'ambito di valutazione riservato all'autorità prefettizia, giustifica le perplessità e le preoccupazioni che, da varie parti, sono state espresse con riferimento alla riduzione delle garanzie di prevedibilità e di tutela dei soggetti esposti alla misura, e, soprattutto, sta alla base dell'esigenza, del pari da più parti espressa, di ripensamento in senso più garantista del contraddittorio procedimentale. È noto, del resto, che le garanzie partecipative sono tanto più importanti e devono essere tanto più rafforzate quanto meno sono stringenti quelle di legalità sostanziale. Da ciò la centralità del ruolo del procedimento quale luogo di verifica in contraddittorio della correttezza dei fatti posti a fondamento della decisione, anche per un rafforzamento del controllo giurisdizionale sull'eccesso di potere, nella prospettiva della tutela effettiva e piena delle situazioni soggettive incise.

Per questa ragione, la migliore dottrina ha da tempo auspicato un intervento riformatore dell'art. 93, co. 7, del Codice antimafia, che rimetteva allo stesso Prefetto la possibilità di disporre, ove lo ritenesse utile, sulla base delle informazioni acquisite, l'invito dei soggetti interessati ad un'audizione personale, per produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione che ritenessero a loro volta utile: una garanzia di contraddittorio, pertanto, evidentemente attenuata, subordinata alla valutazione -difficilmente sindacabile- della sua utilità da parte della medesima autorità agente.

Diversi Autori, tra i quali mi piace in particolare ricordare Franco G. Scoca e Marco Mazzamuto, hanno manifestato perplessità nei confronti della posizione che, nel bilanciamento tra i contrapposti interessi giustifica l'attenuazione delle garanzie partecipative degli operatori economici in ragione della necessità di arginare con la massima celerità il fenomeno -indubbiamente gravissimo- della criminalità organizzata, in nome della difesa della legalità sostanziale, da intendersi come vero presidio nei riguardi dei pericoli rappresentati dalle organizzazioni mafiose.

La giurisprudenza ha sostenuto con convinzione questa tesi, muovendo dal presupposto della natura tendenzialmente cautelare e preventiva dell'interdittiva, e della sua conseguente riconducibilità alle ipotesi di esenzione dall'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento indicate dall'art. 7 della legge n. 241/1990^{xi}, e dal radicato convincimento che le garanzie procedurali introdotte da tale legge non possono trovare applicazione nei procedimenti di tutela antimafia “... *intrinsecamente caratterizzati da profili del tutto specifici, connessi ad attività di indagine, oltre che da finalità ... del tutto incompatibili con le procedure partecipative*”^{xii}.

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 l'effettiva necessità e giustificabilità di tali deroghe deve essere valutata caso per caso, attraverso un necessario vaglio di proporzionalità, in relazione alla grave incidenza delle misure interdittive antimafia su diritti fondamentali dei loro destinatari.

Ciò a maggior ragione nelle ipotesi in cui, come agevolmente si evince da una rapida disamina della giurisprudenza, la valutazione prefettizia è esito di una “relazione riservata” proveniente dagli uffici che conducono le indagini sui reati commessi dalla criminalità organizzata. Sicché,

essendo tali indagini ontologicamente sottoposte a segreto istruttorio, l'interessato non è messo in condizione di conoscere i fatti e gli elementi sulla base dei quali il Prefetto abbia assunto la decisione interdittiva, anche se essi sono sempre accessibili al giudice amministrativo, che valuta poi se ostenderli anche alle altre parti.

Come rilevato nella lucida ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale fornita dal consigliere Noccelli a margine della già richiamata sentenza n. 57 del 2020 della Corte costituzionale, in tale pronuncia, pur rigettando le questioni di l.c. del sistema sottoposte al suo vaglio, la Consulta, ponendo l'accento sulla particolare severità degli effetti della misura interdittiva "generica" (che alcuni AA hanno significativamente definito come "*ergastolo imprenditoriale*"), ha osservato che la mancanza, in materia, di una previsione analoga a quella dell'art. 67, comma 5, del d. lgs. n. 159 del 2011 (il quale dispone che "*Per le licenze ed autorizzazioni di polizia, ad eccezione di quelle relative alle armi, munizioni ed esplosivi, e per gli altri provvedimenti di cui al comma 1 le decadenze e i divieti previsti dal presente articolo possono essere esclusi dal giudice nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia*"), "*merita indubbiamente una rimeditazione da parte del legislatore*". Rileva quindi l'A. che tale "*garbato monito rivolto al legislatore*" dimostra che l'incidenza dell'istituto sulla libertà imprenditoriale resta un problema aperto per quattro essenziali motivi, sui quali la Corte non è stata chiamata a pronunciarsi nello specifico: tra essi, appunto, il deficit di contraddittorio procedimentale, oggetto della riforma del 2021.

Ricordo a questo proposito che, in direzione opposta a quella seguita dalla surrichiamata giurisprudenza amministrativa, con ordinanza n. 28 del 13 gennaio 2020, il TAR Puglia, sede di Bari, sez. III, rimarcando che l'informazione interdittiva non è una misura provvisoria e strumentale all'adozione di un ulteriore provvedimento, bensì un "*atto conclusivo del procedimento amministrativo avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutivi del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A., con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili ...*", aveva chiesto alla Corte di Giustizia UE di chiarire pregiudizialmente, ai fini della decisione del giudizio, se gli artt. 91, 92 e 93 del d. lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui non prevedevano il contraddittorio procedimentale in favore del soggetto nei cui confronti il Prefetto si proponeva di rilasciare una informazione antimafia, fossero compatibili con il principio del contraddittorio, quale espressione di civiltà giuridica europea, garantito dall'art. 41 della Carta di Nizza e inserito nel catalogo dei principi generali del Diritto dell'Unione in base all'art. 6, par. 3 del Trattato^{xiii}.

L'ordinanza non passava inosservata dal Consiglio di Stato, e, pochi giorni dopo, con la sentenza n. 820 del 31 gennaio 2020, redatta dallo stesso consigliere Noccelli, la III Sezione, si preoccupava di re-intervenire sul tema nonostante la questione del contraddittorio (definita nel senso della sua necessità dal giudice di I grado^{xiv}) non formasse oggetto del giudizio di appello. In particolare, richiamando una precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia, il Collegio -presieduto da Franco Frattini, all'epoca Presidente aggiunto e da qualche mese al vertice del Consiglio di Stato- riteneva "*di dover rilevare incidenter tantum che, ferma restando ogni cognizione della Corte UE sulla questione rimessale [dal TAR Puglia], l'assenza di una necessaria interlocuzione procedimentale in questa materia non costituisca un vulnus al principio di buona amministrazione, perché, come la stessa Corte UE ha affermato, il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa non è una prerogativa assoluta, ma può soggiacere a restrizioni, a condizione che «queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti» (sentenza della Corte di Giustizia UE, 9 novembre 2017, in C-*

298/16, § 35 e giurisprudenza ivi citata)”. A ulteriore sostegno di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ricordava che, più recentemente (con la sentenza 26 settembre 2019, in C-63/18, § 37), la stessa Corte UE, seppure ai diversi fini della compatibilità eurounitaria della disciplina italiana del subappalto, aveva “*ribadito che «il contrasto al fenomeno dell’infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell’ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici»*”.

In sintesi, la III Sezione ribadiva la legittimità del sistema disegnato dall’art 97, co 3, del Codice antimafia, ritenendo che “*la discovery anticipata, già in sede procedimentale, di elementi o notizie contenuti in atti di indagine coperti da segreto investigativo o in informative riservate delle forze di polizia, spesso connessi ad inchieste della magistratura inquirente contro la criminalità organizzata di stampo mafioso e agli atti delle indagini preliminari, potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia, che ha l’obiettivo di prevenire il tentativo di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali, la cui capacità di penetrazione nell’economia legale ha assunto forme e “travestimenti” sempre più insidiosi*”.

Aggiungeva inoltre la sentenza che, come già chiarito dalla propria precedente giurisprudenza, “*la delicatezza della ponderazione intesa a contrastare in via preventiva la minaccia insidiosa ed esiziale delle organizzazioni mafiose, richiesta all’autorità amministrativa, può comportare anche un’attenuazione, se non una eliminazione, del contraddittorio procedimentale, che del resto non è un valore assoluto, come ha pure chiarito la Corte di Giustizia UE nella sua giurisprudenza (ma v. pure Corte cost.: sent. n. 309 del 1990 e sent. n. 71 del 2015), o slegato dal doveroso contemperamento di esso con interessi di pari se non superiore rango costituzionale, né un bene in sé, o un fine supremo e ad ogni costo irrinunciabile, ma è un principio strumentale al buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e, in ultima analisi, al principio di legalità sostanziale (art. 3, comma secondo, Cost.), vero e più profondo fondamento del moderno diritto amministrativo (Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565)*”.

In questo quadro si inseriva la richiamata sentenza n. 57 del 26 marzo 2020 della Corte costituzionale, che ricordando la propria sentenza n. 309 del 1993, ha ribadito che in questa materia la mera eventualità e non obbligatorietà del contraddittorio procedimentale non confligge con i principi costituzionali.

La Corte di Giustizia, con ordinanza 28 maggio 2020 (in C-17/20), non entrava purtroppo nel merito della questione sollevata dal TAR pugliese, rilevandone la manifesta irricevibilità per difetto di rilevanza transfrontaliera, ma ricordava, incidentalmente, 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*”.

Come sottolineato nel ricordato scritto di Nocelli, 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*”.

Tanto che, nella pluricommentata sentenza n. 4979 del 2020^{sv}, la medesima III Sezione del Consiglio di Stato -pur ricordando che, nel sistema disegnato dall’art 93 del Codice, 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. 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*»*

Si è così opportunamente osservato che, in tutte queste ipotesi, l’ordinamento dovrebbe generalmente garantire la partecipazione dell’operatore interessato, salvo che essa non frustri l’urgenza di provvedere e le particolari esigenze di celerità invocabili ai sensi dell’art. 7 della l. n. 241 del 1990, per bloccare un grave, incontrollabile o imminente pericolo di infiltrazione mafiosa e, dunque, non ostacoli la *ratio* stessa dell’informazione antimafia quale strumento di massima tutela preventiva nella lotta contro la mafia.

Come rilevato in dottrina^{xvi}, il riconoscimento di tale garanzia è tanto più importante in quanto, “*laddove la decisione prefettizia si basi su accertamenti di fatto complessi, in questo caso addirittura di tipo indiziario, ben possono manifestarsi margini di errore, rispetto ai quali non sembrano residuare strumenti di protezione adeguata dell’interessato in assenza di una sua audizione*”.

Di contro, il contraddittorio procedimentale:

a) consentirebbe all’impresa di esercitare in sede procedimentale i propri diritti di difesa e di spiegare le ragioni alternative di determinati atti o condotte, ritenuti dalla Prefettura sintomatici di infiltrazione mafiosa, nonché di adottare, eventualmente su proposta e sotto la supervisione della stessa Prefettura, misure di *self cleaning*, che lo stesso legislatore potrebbe introdurre già in sede procedimentale con un’apposita rivisitazione delle misure straordinarie, ad esempio, dall’art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, conv. con mod. in l. n. 114 del 2014, da ammettersi, ove la situazione lo consenta, prima e al fine di evitare che si adotti la misura più incisiva dell’informazione antimafia;

b) consentirebbe allo stesso Prefetto di intervenire con il provvedimento interdittivo quale *extrema ratio* solo a fronte di situazioni gravi, chiare, inequivocabili, non altrimenti giustificabili e giustificate dall’impresa, secondo la logica della probabilità cruciale, di infiltrazione mafiosa, all’esito di una istruttoria più completa, approfondita, meditata, che si rifletta in un apparato motivazionale del provvedimento amministrativo, fondamento e presidio della legalità sostanziale in un ordinamento democratico, che sia il più possibile esaustivo ed argomentato;

c) consentirebbe infine al giudice amministrativo di esercitare con maggiore pienezza il proprio sindacato giurisdizionale sugli elementi già valutati dalla Prefettura in sede procedimentale, anche previo approfondimento istruttorio nel contraddittorio con l’impresa, nonché sul conseguente corredo motivazionale del provvedimento prefettizio, e di affinare

così ulteriormente, nell'ottica della *full jurisdiction*, i propri poteri cognitori e istruttori in questa delicata materia, crocevia di fondamentali valori costituzionali, eurounitari e convenzionali in gioco.

Anche la giurisprudenza amministrativa andava rimarcando il valore del contraddittorio anche sul piano sostanziale^{xvii}.

*

In questo quadro si è inserito il d.l. 152/2021, convertito nella l. n. 233 del 29 dicembre, che ha, tra l'altro, introdotto la possibilità che il Prefetto, nei casi in cui rilevi situazioni di mera “*agevolazione occasionale*”, disponga meno incisive misure amministrative di cd “*prevenzione collaborativa*”, e, per quanto qui di interesse, all'art. 48, ha ridisciplinato il “*contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia*”.

La novella ha innanzitutto modificato l'art. 92 del Codice, sostituendo il vecchio comma 2-*bis* con una nuova disposizione, dove si legge 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 [le riferite misure amministrative di prevenzione collaborativa], 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*”.

Come è immediatamente percepibile dal confronto con l'art. 93, co. 7, modificato a sua volta dal medesimo art. 48, la garanzia partecipativa inserita nell'art. 92 si aggiunge a quella, che, come vedremo, resta meramente eventuale, prevista dal primo e, per quanto visto, comparabile alla comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 l. n. 241/90.

Il nuovo obbligo informativo opera, infatti, soltanto nell'ipotesi in cui il Prefetto, all'esito delle verifiche di quanto emerso dalla consultazione della banca dati, ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle nuove misure amministrative di prevenzione collaborativa introdotte dall'art. 94-*bis*.

Si tratta, quindi, di una sorta di contestazione degli addebiti, con invito a controdedurre.

Sintomaticamente, la novella parla di “*preavviso di interdittiva o della misura amministrativa di prevenzione collaborativa*”, nel quale il Prefetto deve indicare all'interessato gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa, assegnandogli un termine, non superiore a 20 giorni, per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione, da effettuare secondo le modalità previste dall'art. 93, commi 7, 8 e 9. In buona sostanza, il coinvolgimento dell'interessato diventa regola generale soltanto dopo che il Prefetto si sia già indirizzato verso l'adozione della misura preventiva. Se quindi, a prima lettura, la deroga all'obbligo informativo a fronte di “*particolari esigenze di celerità del procedimento*” sembra ricalcare il modello di cui all'art. 7 l. n. 241/90, quando la si cala nell'ambito della contestazione degli addebiti, assume ben altro impatto. Il destinatario del preavviso, infatti, non potrà contribuire alla progressiva valutazione degli elementi che hanno, *ab origine*,

indotto il Prefetto ad avviare la procedura, ma potrà soltanto cercare di indurlo a modificare la valutazione che esso ha sostanzialmente già effettuato. Affinché la novella non si risolva in una mera “*parvenza di garanzia partecipativa*”, occorrerà quindi che i poteri (amministrativo e giurisdizionale) chiamati rispettivamente ad applicarla e interpretarla

- leggano in modo rigoroso la deroga, considerando che il riferimento normativo alle “*particolari esigenze di celerità*” esclude che esse coincidano con quelle -fisiologiche- delle misure di prevenzione e, trattandosi di una eccezione alla regola, non può essere utilizzato per eluderla;
- tengano in reale considerazione le osservazioni e i documenti che l’interessato adduca a sostegno delle proprie controdeduzioni: il Prefetto valutandoli senza preconcetti e il Giudice garantendo quel sindacato pieno sui fatti ed effettivo sulla ragionevolezza della relativa valutazione in forza del quale il Consiglio di Stato e la Corte costituzionale hanno ritenuto giustificabile l’attenuazione del contraddittorio procedimentale. Merita a tale riguardo ancora una volta ricordare che il Giudice delle leggi, premesso che l’informazione interdittiva si pone in una “*prospettiva anticipatoria della difesa della legalità ... , comportando un giudizio prognostico circa probabili sbocchi illegali della infiltrazione mafiosa*” e, pertanto, è chiaramente basata “*su elementi fattuali più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria, perché sintomatici e indiziari*”, ha espressamente sottolineato che il Prefetto deve effettuare “*una attenta valutazione di tali elementi, che devono offrire un quadro chiaro, completo e convincente del pericolo di infiltrazione mafiosa*”. E ancora -nel rimarcare che tale valutazione, discrezionale, ma “*dalla forte componente tecnica*”, deve essere accuratamente motivata, onde consentire “*un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo*”- ha espressamente giustificato la tenuta del sistema con l’argomento che la giurisprudenza amministrativa in materia ha identificato un “*nucleo consolidato ... di situazioni indiziarie ... costruendo un sistema di tassatività sostanziale*” e che nelle pronunce che si sono occupate dell’istituto si è proceduto a verificare consistenza e coerenza di tutti gli elementi raccolti dal Prefetto, non limitandosi ad un sindacato meramente estrinseco. Questa esigenza non può certo ritenersi attenuata per effetto del nuovo “*preavviso di interdittiva o della misura amministrativa di prevenzione collaborativa*”, che colmano solo in parte il gap di contraddittorio procedimentale più volte denunciato dalla dottrina.

In coerenza con questa linea, la novella prevede del resto che l’invio della comunicazione sospende il termine entro cui il Prefetto dovrà rilasciare l’informazione antimafia ai sensi dell’art. 92, co. 2, e fissa un tempo tendenzialmente congruo per la conclusione della procedura in contraddittorio, precisando che, entro 60 giorni dalla ricezione della comunicazione da parte dell’interessato, l’autorità, ove non proceda al rilascio dell’informazione antimafia liberatoria, dispone l’applicazione delle misure amministrative di “*prevenzione collaborativa*” nei casi di situazioni di agevolazione occasionale, oppure, laddove non ricorrano tali casi (e dunque la stessa autorità ravvisi la presenza di tentativi stabili di infiltrazione mafiosa), adotta l’informazione interdittiva, dandone comunicazione all’interessato entro 5 giorni, valutando la sussistenza dei presupposti per le misure di cui all’art. 32, co. 10, del d.l. n. 90 del 2014 (ossia la nomina di un commissario o la rinnovazione degli organi sociali) e, in caso affermativo, informandone tempestivamente il Presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione.

Il co. 2-*quater*, del nuovo art. 94-*bis* specifica peraltro espressamente che, ai fini dell’adozione della misura interdittiva, il Prefetto possa prendere in considerazione anche le

soppravvenienze manifestatesi nel periodo intercorso fra la ricezione della comunicazione e la conclusione della procedura in contraddittorio.

La nuova “difesa” procedimentale nasce quindi evidentemente monca. Sembra infatti che i Prefetti stiano di fatto sterilizzando la riforma apponendo una clausola di stile mutuata dalle riferite disposizioni. Non vi è poi chi non veda come la formula utilizzata dal legislatore – *“informazioni che, se disvelate, sono suscettibili di pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri procedimenti amministrativi finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose”* – lasci ancora una volta estrema discrezionalità all'autorità amministrativa, riducendo -o quantomeno aggravando- il sindacato del giudice amministrativo, che sarà costretto a defatiganti istruttorie processuali^{xviii}, con dilazione dei tempi di definizione del giudizio, e conseguente sostanziale svilimento della tutela contro una misura teoricamente provvisoria.

A quest'ultimo riguardo, mi è stata peraltro segnalata la tendenza dei Prefetti a confermare l'interdittiva, rigettando le istanze di revisione e aggiornamento della misura, ex art. 91, comma 5, del Codice, negando per di più, anche in questi casi, nonostante l'evidente assenza di esigenze di celerità, le correlate garanzie partecipative.

Il problema maggiore resta comunque a mio avviso quello degli atti riservati.

A quanto mi hanno riferito alcuni avvocati che seguono specificamente la materia, le informative di polizia, sulla cui scorta viene adottata l'interdittiva, in tempi recenti non rimangono più riservate, ma vengono tutt'al più omissate in talune parti (p.es.: sui nomi dei soggetti “controllati” con l'interessato, ma certamente non fino all'eventuale giudizio (ove sono poi rese accessibili integralmente).

Il problema della riservatezza riguarda però gli atti dei procedimenti penali, specie quelli in corso ed in fase di indagine, i quali non sono mai prodotti, ma solo menzionati e/o citati nelle parti di interesse dalle Prefetture e dalle forze di polizia: sui loro contenuti e sui fatti ivi citati in effetti non esiste, nell'ambito delle misure di prevenzione amministrativa, alcun contraddittorio. Si pensi alla criticità di tutto ciò, vieppiù considerando che anche nel caso di un processo penale che venga esitato con una sentenza di assoluzione con formula piena, la stessa sentenza assolutoria può non esser sufficiente ad escludere l'adozione di un'interdittiva e può essere anzi posta a fondamento della stessa. In sostanza ove non ci sia “contraddittorio” sui fatti, la valutazione è rimessa totalmente alla discrezionalità del Prefetto.

Da qui l'importanza di un sindacato pieno ed effettivo del giudice amministrativo, che ha il diritto e il dovere di accedere a tutti gli atti ed elementi presupposti al provvedimento impugnato.

Sindacato che, evidentemente, deve estendersi al necessario controllo di proporzionalità della scelta interdittiva rispetto a quella di mera prevenzione collaborativa e che incide, per l'effetto, sulla concreta valenza della graduazione delle misure di prevenzione costituente, come già osservato, la più importante novità della riforma del 2021.

A questi ultimi fini, come considerazione di chiusura, non si può peraltro mancare di segnalare come il legislatore abbia perso un'importante occasione per dare alle imprese, come pure era stato suggerito, una possibilità di adottare misure di *self cleaning*.

* Lo scritto riproduce il testo dell'intervento, corredato da note, della Relazione su “*Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*” tenuta dall’A. all’Incontro di studio sul tema “*Il nuovo volto delle interdittive antimafia alla luce del Piano nazionale di ripresa e resilienza*”, organizzato dalla Sezione staccata di Reggio Calabria del T.A.R. Calabria e dall’Università degli studi di Reggio Calabria, l’8 aprile 2022.

ⁱ Tra gli studi più recenti sulle interdittive antimafia, si vedano, senza pretesa di esaustività, R. MARIA e A. AMORE, *Effetti «inibitori» delle interdittive antimafia e bilanciamento fra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta (5 maggio 2021)*, in *Federalismi.it*, n. 12/2021; G. D’ANGELO, *Il tentativo d’infiltrazione mafiosa ai fini dell’adozione dell’informazione interdittiva, tra garanzie procedurali, tassatività sostanziale e sindacato giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2021; F. FIGORILLI-W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 2021; le varie note a sentenza di R. ROLLI e R. ROLLI-M. MAGGIOLINI su *Giustiziainsieme*, negli anni 2020 e 2021; M. MAZZAMUTO, *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, in *Giur. it.*, 2020; M. NOCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020; A. LONGO, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *Nomos 2020*; e ancora i contributi raccolti in G. AMARELLI e S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, tra cui quello dello stesso G. AMARELLI, *Le interdittive antimafia “generiche” tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità*, ivi, pp. 207 ss.; R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Sicurezza pubblica e funzioni amministrative di contrasto alla criminalità: le interdittive antimafia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 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.it*, 2019; F. SIRACUSANO, *Impresa mafiosa e contiguità*, in A. M. MAUGERI, V. SCALIA e G. M. VAGLIASINDI (a cura di), *Crimine organizzato e criminalità economica*, Pisa, 2019, pp. 325 ss.; A. BONGARZONE, *L’informativa antimafia nelle dinamiche negoziali tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2018, pp. 21 ss.; F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta “anticipata” alla criminalità organizzata*, in *giustamm.it*, 2018A. Specifici riferimenti anche in F. FRACCHIA e 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. Sull’istituto si sono pronunciate, come è noto, ripetutamente pronunciate, sia la Corte costituzionale (cfr. da ultime le sentt. n. 4 del 2018 n. 4 e n. 57 del 2020) che l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (cfr. la sent. 6 aprile 2018, n. 3, su cui v. i commenti di G. LEONE, *L’Ad. Plen. del Cons. di Stato alle prese con l’interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell’interpretazione*, in *Foro amm.*, 2018, 1103 e di M. MAZZAMUTO, *Pagamento di imprese colpite da interdittiva antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione*, in *Giur. it.*, 2019, 1, p. 157 ss. nonché, da ultimo, la sent. n. 23 del 26 ottobre 2020).

ⁱⁱ Per tutte, quella della III Sezione del Consiglio di Stato, dalla nota sent. 3 maggio 2016 n. 1743 alla recente sent. 25 ottobre 2021 n. 7165, su cui il richiamato commento di R. ROLLI e M. MAGGIOLINI.

ⁱⁱⁱ 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.

^{iv} Su cui cfr. *inter alia* A. LONGO *La Corte costituzionale*, cit.

^v Merita in proposito 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 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 NOCELLI, pubblicato nel 2021 sul sito della giustizia amministrativa: M. NOCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *www.giustizia-amministrativa.it* 2020.

^{vi} L’A. richiama in proposito Cons. Stato, 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».

^{vii} Cfr. da ultimo, prima della riforma del 2021, Cons. Stato, sez. 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 prudenziale, 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".

^{viii} Cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. n. 565 del 2017.

^{ix} 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.

^x V. *infra*.

^{xi} Cfr. la sentenza n. 3 del 2018 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

^{xii} Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4555 e, a seguire, tra le altre, sentt. 30 novembre 2017, n. 5623 e, più recentemente, 3 marzo 2020, n. 1576.

^{xiii} Sull'ordinanza v. i commenti di L. BORDIN, *Contraddittorio endoprocedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?* in *Federalismi.it*, 22 luglio 2020 e di G. CARRATELLI, *Il (mancato) contraddittorio endoprocedimentale in materia di informazione antimafia*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*(www.contabilitapubblica.it), 30 gennaio 2021.

^{xiv} TAR Lombardia, Brescia, sentenza del 17 maggio 2019 c. Prefettura di Mantova, con numero oscurato.

^{xv} Su cui, *inter alia*, gli scritti di R. ROLLI, e di R. ROLLI e M. MAGGIOLINI, *citt.*,

^{xvi} F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *cit.*

^{xvii} Cfr. le sentt. Cons. Stato, Sez. III, 9 aprile 2021 n. 2899, nonché, subito dopo la novella 2021, 13 dicembre 2021 n. 8309, rimarcando che soprattutto nelle "ipotesi in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali (...) l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe in effetti fornire elementi utili a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale".

^{xviii} Esemplicativamente, per restare in Calabria, l'ordinanza TAR Catanzaro, 16 aprile 2021 n. 784.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2683 – 2 marzo 2023

Le garanzie di conoscibilità degli algoritmi e l'esigenza di assicurare un controllo umano del procedimento amministrativo (c.d. *human in the loop*). (Nota a Tar Campania, Sez. III, 14 novembre 2022, n. 7003)

di Martina Sforna

Sommario: 1. Premessa. – 2. La vicenda processuale. – 3. *Human in the loop*: il controllo umano del procedimento in funzione di garanzia. – 4. Conoscenza e comprensibilità degli algoritmi. – 5. Cenni conclusivi sul ruolo della giurisprudenza in tema di decisioni algoritmiche.

1. Premessa

La pronuncia in commento si inserisce nell'ambito della tematica, già da alcuni anni affrontata in seno alla giurisprudenza amministrativa^[1], dell'ammissibilità e dei limiti del ricorso alla c.d. decisione algoritmica all'interno dei procedimenti amministrativi^[2]. In particolare, tale sentenza, non mettendo seriamente in discussione la possibilità di impiegare algoritmi al fine di operare scelte amministrative, insiste sull'esigenza di assicurare un controllo umano del procedimento in funzione di garanzia per il privato. Il Collegio, al proposito, si riferisce, espressamente, al concetto del c.d. *human in the loop*, ovvero sia all'esigenza che l'uomo sia mantenuto all'interno dei processi decisionali intrapresi da algoritmi e ulteriori tecnologie di intelligenza artificiale (IA)^[3]. Il Collegio si sofferma, altresì, sulle esigenze di conoscibilità e trasparenza che, con riferimento all'utilizzazione di algoritmi da parte delle Amministrazioni, devono apparire rafforzate, in modo che sia garantita la «piena conoscibilità della regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico»^[4].

2. La vicenda processuale

La vicenda origina dal ricorso presentato da un soggetto, dichiaratosi titolare di una azienda agricola e proprietario di una vasta area agricola in zona classificata montana in Provincia di Salerno, per l'annullamento delle note con cui AGEA aveva rielaborato le sue domande di pagamento relative agli anni 2018 e 2019 per la Misura 13.1.1 "Indennità compensativa zone montane" del PSR Campania 2014-2020, accertando l'indebita percezione di determinati importi. Si trattava, nella specie, di una indennità che, sulla base dell'applicazione della Direttiva 75/268/CEE, era volta a compensare i costi aggiuntivi e, in generale, gli svantaggi derivanti dalla localizzazione delle attività agricole in territori classificati montani.

Il ricorrente lamentava l'applicazione, da parte di AGEA, di un nuovo algoritmo di calcolo degli importi delle riduzioni e delle sanzioni. In particolare, rappresentava che, dopo essere risultato beneficiario di tale indennità compensativa per gli anni 2018 e 2019 sulla base dell'applicazione di un algoritmo disciplinato dai bandi attuativi della predetta misura, era risultato destinatario di due note di AGEA che, facendo applicazione di un nuovo algoritmo di calcolo, avevano riscontrato degli importi versati in eccesso.

Nello specifico, il ricorrente censurava i provvedimenti impugnati perché viziati secondo plurimi profili. Invero, l'Amministrazione si era limitata a esternare il risultato della procedura di ricalcolo senza, però, menzionare quale fosse il nuovo algoritmo utilizzato, con il relativo funzionamento. In tal modo aveva, quindi, violato l'obbligo di motivazione, nonché impedito al ricorrente di fornire elementi utili per evitare il ricalcolo in sede di contraddittorio procedimentale. Il ricorrente lamentava, inoltre, la violazione della *lex specialis*, in quanto la rideterminazione degli importi si sarebbe tradotta in una modifica *ex post* delle regole contenute nel bando attuativo, nonché la violazione dell'art. 21 *quinquies* L. 241/1990, risolvendosi i provvedimenti impugnati in revoche implicite delle precedenti determinazioni.

Il Tribunale Amministrativo ha, quindi, accolto il ricorso ritenendolo fondato quanto alle censure inerenti il vizio di violazione delle garanzie partecipative e il difetto di motivazione delle note di AGEA. Invero, il Collegio ha rilevato come l'Amministrazione abbia giustificato il ricalcolo degli importi dovuti sulla base di un «generico e indeterminato riferimento alla normativa vigente, alle indicazioni della Commissione Europea e all'utilizzo di una differente modalità di calcolo degli importi delle riduzioni e delle sanzioni che avrebbero condotto alla applicazione del nuovo algoritmo».

Nel dettaglio, quanto alla carenza di motivazione, il Tribunale ha rilevato come essa appaia duplice in considerazione della particolare natura di provvedimenti di secondo grado degli atti impugnati. Infatti, da un lato l'Amministrazione non ha esplicitato quali fonti normative avessero legittimato tale esercizio del potere con effetti retroattivi. Dall'altro lato, il Collegio ha evidenziato come le note di AGEA «non contengono alcun tipo di riferimento all'algoritmo utilizzato, che viene semplicemente menzionato come il "nuovo algoritmo", in questo modo venendo meno tanto all'obbligo di indicare quale sia stato il meccanismo informatico di decisione impiegato (c.d. conoscibilità), quanto all'obbligo di spiegare il suo funzionamento in termini comprensibili per l'utente non dotato di competenze tecniche (c.d. comprensibilità). Tutto ciò con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie

processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost. [...]».

Per questi motivi, il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania ha disposto l'annullamento delle note di AGEA impugnate.

3. *Human in the loop*: il controllo umano del procedimento in funzione di garanzia

Il Collegio, nella pronuncia che qui si commenta, dopo aver rilevato che, in generale, l'utilizzo di algoritmi nell'ambito dei procedimenti amministrativi risponde a esigenze di semplificazione nonché di buona amministrazione[5], sottolinea l'esistenza di una opposta esigenza. Si tratta della necessità di assicurare un controllo umano del procedimento, in funzione di garanzia (c.d. *human in the loop* - HITL). Questa espressione, sorta nel settore matematico e informatico, è utilizzata per indicare quei modelli caratterizzati dalla necessità che, al fine di ottenere il risultato finale, la macchina interagisca con l'essere umano. Applicato all'ambito del procedimento amministrativo, dunque, il rispetto di tale principio implica, come affermato dal Collegio stesso, che «*il funzionario possa in qualsiasi momento intervenire per compiere interlocuzioni con il privato, per verificare a monte l'esattezza dei dati da elaborare, mantenendo il costante controllo del procedimento*».

Il principio in questione, inoltre, implica la necessaria riferibilità del provvedimento amministrativo a un soggetto umano[6]. Del resto, si potrebbe affermare che tale esigenza antropomorfa permei la stessa struttura del procedimento amministrativo ai sensi della L. n. 241/1990. Invero, l'art. 5 di tale Legge, nel disciplinare i compiti e le funzioni del responsabile del procedimento, lo individua nella persona di un dirigente o di altro dipendente addetto all'unità organizzativa[7]. Invero, l'istituzione della figura del responsabile del procedimento risponde proprio alle esigenze di «personalizzare la funzione amministrativa» nonché di «individuare un punto di riferimento del cittadino all'interno dell'organizzazione»[8]. Ciò è confermato dagli stessi schemi di legge elaborati dalla Commissione Nigro, nell'ambito dei quali si sottolineava come fosse necessario abbandonare l'allora «attuale condizione di “spersonalizzazione” e “anonimato” dell'operare amministrativo e [...] invece creare le condizioni per l'individuazione delle responsabilità personali esterne e interne»[9].

Proprio con riferimento alla garanzia dell'individuazione del responsabile del procedimento, il Collegio rileva che essa non può mai essere sacrificata, neppure quando l'Amministrazione decida di ricorrere all'utilizzo di algoritmi, non solo in funzione integrativa e servente della decisione umana, ma anche in funzione parzialmente decisionale.

Ciò appare, del resto, coerente con le precedenti pronunce del Consiglio di Stato in tema di decisione algoritmiche, alcune delle quali già, espressamente, riferitesi al concetto del c.d. *human in the loop*. In particolare, con la pronuncia n. 881/2020, i giudici di Palazzo Spada, avevano affermato che «deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informatico il modello viene definito come HITL (*human in the loop*), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano»[10].

In quella pronuncia, il Consiglio di Stato aveva, inoltre, richiamato l'art. 22, par. 1 del Regolamento europeo per la protezione dei dati personali 2016/679 (GDPR)[11], il quale consacra il principio della non esclusività della decisione algoritmica. In altri termini, tale norma stabilisce che le persone hanno diritto a non essere destinatarie di decisioni incidenti nella propria sfera giuridica che siano completamente automatizzate e, cioè, prive di qualsivoglia coinvolgimento umano. Invero, «occorre sempre l'individuazione di un centro di imputazione e di responsabilità, che sia in grado di verificare la legittimità e la logicità della decisione dettata dall'algoritmo»[12]. Non è stato, invece, richiamato il paragrafo successivo dell'art. 22, il quale contiene tre ampie eccezioni al principio, con la conseguenza che a livello nazionale «i giudici hanno imposto una tutela maggiore di quella europea»[13].

Tale principio è, evidentemente, strettamente connesso al concetto del c.d. *human in the loop*. Invero, al fine di assicurare la non esclusività della decisione algoritmica, il funzionario dell'Amministrazione deve, anzitutto, essere mantenuto all'interno del processo decisionale, nonché essere in grado di controllare il sistema utilizzato, potendo intervenire in qualsiasi momento (c.d. *human in command*[14]).

Al proposito, però, in dottrina si è messo in evidenza un aspetto problematico. Infatti, se a controllare i sistemi di IA deve essere il funzionario pubblico, appare necessario che lo stesso abbia delle adeguate competenze matematiche e informatiche[15]. Invero, «tendenzialmente, solo se l'umano è in grado di comprendere il modo in cui il sistema di IA decide (e può avere fiducia in esso solo se ne comprende il funzionamento), può operare un controllo effettivo sulla macchina e, nel caso, revocarle la delega e correggerne gli output»[16]. Ecco, che appare, allora, opportuno che all'interno delle Pubbliche Amministrazioni, venga promosso lo sviluppo di competenze informatiche e matematiche. Altrimenti, infatti, l'estromissione del soggetto umano dai procedimenti automatizzati apparirebbe, decisamente, favorita.

4. Conoscenza e comprensibilità degli algoritmi

Tra le garanzie che devono essere sempre assicurate al cittadino di fronte all'utilizzo di algoritmi e sistemi di intelligenza artificiale in funzione decisoria, il Collegio, conformemente alle precedenti e già citate pronunce del Consiglio di Stato sul tema[17], include anche il rispetto del principio di trasparenza, il quale trova un immediato corollario nell'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 L. 241/1990. In particolare, il principio di trasparenza necessita di essere declinato nella duplice veste di conoscenza o conoscibilità dell'algoritmo, nonché di comprensibilità dello stesso.

Tale conoscibilità dell'algoritmo, secondo il Collegio, deve essere garantita con riferimento a tutti gli aspetti che lo riguardano, quali il procedimento utilizzato per la sua elaborazione, l'identità dei suoi autori, il meccanismo di funzionamento e i criteri dallo stesso applicati. Ciò posto, siccome è evidente che per conoscere questi aspetti non sono sufficienti delle competenze giuridiche, è necessario che la formula tecnica che descrive l'algoritmo sia resa, non solo conoscibile, ma anche comprensibile per il privato. Ciò in ossequio, anzitutto, al diritto a una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Convenzione Edu, nonché agli articoli 13 e 14 del GDPR, i quali, in maniera generale, individuano tutte le informazioni che devono essere fornite all'interessato da parte del titolare del trattamento dei suoi dati, a prescindere che sia un soggetto pubblico e privato. Solo in tal modo, infatti, può essere

garantita, da un lato, la concreta possibilità di partecipazione del privato al procedimento e, dall'altro un pieno sindacato del giudice amministrativo in ossequio ai canoni dell'effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. Al proposito, è stato rilevato in dottrina come ciò comporti «l'evidente peculiarità che l'esigenza di trasparenza – sino ad oggi riferita all'attività e all'organizzazione –, viene ad essere estesa anche ad alcuni mezzi tecnici adoperati dalle pa»[18].

Anche con riferimento alla conoscibilità, dunque, la pronuncia si pone in linea con i precedenti arresti del Consiglio di Stato. Invero, dapprima con la sentenza n. 2270/2019 e, in seguito, con la n. 881/2020 giudici di Palazzo Spada hanno elaborato un preciso statuto della legalità algoritmica[19]. In particolare, con il primo dei due citati arresti, si era affermato come «il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) deve essere “conoscibile”, secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico».

Con la seconda pronuncia, poi, si è rilevato come il principio di conoscibilità, «per cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata», sia ricavabile in termini generali anche dal diritto sovranazionale. In particolare, l'art. 41 Cedu, che sancisce il diritto a una buona amministrazione, stabilisce l'obbligo per l'amministrazione di fornire le ragioni alla base delle proprie decisioni.

Da ultimo, si segnala come, anche con riferimento alla conoscibilità dell'algoritmo, come per l'esigenza di dominabilità del procedimento da parte di un soggetto umano, si è, però, evidenziato in dottrina come molto spesso, «la pubblica amministrazione che utilizza macchine intelligenti per la propria attività, quasi mai, al pari dei comuni cittadini, è nelle condizioni di conoscere nel profondo il meccanismo algoritmico, cioè la logica sottesa all'algoritmo e la sua base di conoscenza»[20]. Tale questione non viene affrontata nella pronuncia in analisi, come, del resto, non è stato fatto dalle precedenti sentenze amministrative sul tema. Ciò nonostante, si ritiene come essa, evidentemente, si rifletta sul procedimento amministrativo e, cioè, sull'impossibilità di rendere effettivamente conoscibile il meccanismo attraverso i quali si perviene alla decisione.

Inoltre, al proposito, è stato parte della dottrina ha messo in luce come la conoscibilità dell'algoritmo non sia sempre un sufficiente strumento di tutela con riferimento ai sistemi di intelligenza artificiale. Infatti, «nell'intelligenza artificiale è proprio la logica ad essere strutturalmente non conoscibile. Ignota per definizione»[21]. In questo senso, il nucleo decisionale di alcune tipologie di intelligenza artificiale viene definito quale *black box*[22], proprio a evidenziarne l'impenetrabilità e l'imperscrutabilità.

5. Cenni conclusivi sul ruolo della giurisprudenza in tema di decisioni algoritmiche

In conclusione, si può senz'altro constatare come la giurisprudenza non metta ormai seriamente in discussione la possibilità per la Pubblica Amministrazione di avvalersi di algoritmi che diano luogo a procedimenti decisionali automatizzati. Anzi, la sentenza in commento – come, del resto, le altre richiamate – rileva, come l'utilizzo di algoritmi possa

condurre a una maggiore velocità, efficienza e, in astratto, anche in imparzialità del procedimento amministrativo. Ciò, del resto, appare coerente anche con le intenzioni del legislatore, il quale, per tramite del c.d. Decreto semplificazioni n. 76/2020, ha modificato l'art. 3-*bis* della L. n. 241/1990, stabilendo che «le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici»^[23].

Allo stesso tempo, però, si deve rilevare come, al di fuori di tale disposizione, il legislatore non sia intervenuto, espressamente, nella regolamentazione dell'utilizzo di algoritmi nelle fasi decisorie, e non meramente strumentali, dei procedimenti amministrativi^[24]. Invero, anche l'art. 50-*ter* del D.lgs. n. 82/2005 (Codice dell'Amministrazione Digitale – CAD), il quale prescrive l'istituzione di una Piattaforma digitale nazionale dati, si riferisce all'utilizzo delle tecnologie soltanto in chiave di interconnessione tra amministrazioni.

Ecco, dunque, che, in questo ambito, il ruolo della giurisprudenza si rivela fondamentale nella fissazione delle garanzie che devono circondare l'utilizzo di algoritmi e sistemi di intelligenza artificiale da parte della Pubblica Amministrazione. È, infatti, essenziale che, anche di fronte a modalità innovative di esercizio del potere pubblico, il cittadino debba continuare a disporre delle garanzie di partecipazione, motivazione, trasparenza ed effettività della tutela proprie del procedimento amministrativo. Ciò, in quanto l'incentivato processo di informatizzazione e digitalizzazione delle amministrazioni non può, in nessun caso, tradursi nella violazione dei generali canoni della legalità amministrativa.

Tra questi, assumono rilevanza decisiva le garanzie di “umanità” del procedimento amministrativo e di conoscibilità e comprensibilità della regola algoritmica. Come, infatti, ribadito più e più volte dalla giurisprudenza, è fondamentale che venga salvaguardato il concetto del c.d. *human in the loop* e cioè la riferibilità della decisione amministrativa a un soggetto umano che possa esercitare funzioni di controllo e intervento.

Sarà, dunque, rimesso al giudice stabilire, caso per caso, se l'utilizzo di un determinato algoritmo sia governabile dall'amministrazione e, soprattutto, se sia in concreto possibile comprendere l'iter logico seguito dalla macchina per l'elaborazione della decisione finale, al fine di stabilirne la compatibilità con i principi generali del diritto amministrativo.

[1] Cons. St. Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, nn. 8472 – 8473 – 8474; Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. St., Sez. VI, 8 settembre 2022, n. 6236; Cons. St., sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891;

[2] Per le questioni definitorie in tema di algoritmi e intelligenza artificiale si rinvia a C. Filicetti, *Sulla definizione di algoritmo (nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, 25 novembre 2021, n. 7891)*, in www.giustiziainsieme.it, 8 febbraio 2023.

[3] Per approfondimenti sul concetto del c.d. *human in the loop*, anche in chiave etica, si veda P. Benanti, *Human in the loop*, cit. 161. Si veda anche, M. Tampieri, *L'intelligenza artificiale e le sue evoluzioni. Prospettive civilistiche*, Milano, 2022, 331.

[4] Sul punto, il Collegio cita espressamente Cons. St., Sez. VI, n. 2270/2019.

[5] Tra i vantaggi per l'Amministrazione si è soliti ricomprendere quello dell'efficienza, della celerità, nonché dell'oggettività o neutralità. Sul punto cfr. C. Napoli, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, *Riv. it. cost.*, 2020, 3, 318 ss.

[6] Al proposito è stato affermato che «sarebbe sempre implicato nei discorsi del diritto amministrativo qualcosa che potremmo chiamare, prendendo in prestito l'espressione contenuta nel Libro bianco AGID, un principio antropomorfo, a denotare che il conferimento di potere decisionale a un certo apparato implichi la riferibilità a un atto intenzionale umano se non diversamente stabilito» (Cosi, S. Civitarese Matteucci, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pub.*, 1, 2019, 22).

[7] G. Berti, *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994, 305, al proposito, si riferì al responsabile del procedimento come al «funzionario designato a dare una sembianza fisica all'istruttoria amministrativa».

[8] F. Patroni Griffi, *La l. 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento; partecipazione procedimentale*, in *Foro it.*, 1993, vol. 116, III, 70. Sulla figura del responsabile del procedimento si vedano anche G. Navarra, S. Russo, *Il responsabile del procedimento amministrativo nella pubblica amministrazione*, Rimini, 1998, 176; F.C. Rampulla, *I principi generali della L. 241/1990 e s.m. ed il responsabile del procedimento*, in *Foro amm.*, 2008, 2, 641 ss.; R. Ursi, *Il responsabile del procedimento "rivisitato"*, in *Dir. amm.*, 2021, 2, 365 ss.

[9] Le parole, riportate in G. Sciuillo, *Il responsabile del procedimento. In ricordo di Giorgio Pastori*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 3, 863, sono tratte dalla Relazione introduttiva al XXXII Convegno di Varenna del 1986 e dedicato a "La disciplina generale del procedimento amministrativo – Contributi e iniziative legislative in corso" in cui vennero illustrati gli schemi di legge elaborati dalla Commissione Nigro.

[10] Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

[11] In particolare, l'art. 22, par. 1 afferma che: «L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». È doveroso, però, sottolineare come lo stesso articolo contenga, al paragrafo successivo, tre eccezioni all'applicazione di tale principio, di ampia portata. Si tratta dei casi in cui la decisione sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto, quando essa sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro, ovvero si basi sul consenso esplicito dell'interessato.

[12] Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

[13] B. Marchetti, *The algorithmic administrative decision and the human in the loop*, in *BioLaw Journal*, 2021, 2, 13.

[14] Al proposito il parere del Comitato economico e sociale europeo su *L'intelligenza artificiale – Le ricadute dell'intelligenza artificiale sul mercato unico (digitale), sulla produzione, sul consumo, sull'occupazione e sulla società*, 2017/C, al punto 1.6 «raccomanda di adottare, nei confronti dell'IA, l'approccio "human-in-command", con la condizione essenziale che l'IA sia sviluppata in maniera responsabile, sicura e utile, e che la macchina rimanga macchina e l'uomo ne mantenga il controllo in ogni momento».

[15] Cfr. B. Marchetti, *The algorithmic administrative decision and the human in the loop*, cit., 17 che afferma come tali competenze servano a evitare «la cattura dell'umano da parte della macchina (c.d. effetto aggancio)».

[16] B. Marchetti, *The algorithmic administrative decision and the human in the loop*, cit., 18.

[17] *Supra*, nota n. 1.

[18] A.G. Orofino, *L'attuazione del principio di trasparenza nello sviluppo dell'amministrazione elettronica*, in *Judicium*. Il processo civile in Italia e in Europa, disponibile al seguente link <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/10/Orofino.pdf>.

[19] Nello specifico, con la sentenza n. 881/2020, il Consiglio di Stato ha individuato i principi fondamentali della c.d. legalità algoritmica. Si tratta del principio di conoscibilità e comprensibilità dell'algoritmo, del principio di non esclusività della decisione algoritmica e di quello della non discriminazione algoritmica. Sul tema si veda G. Marchianò, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 3, 229-258.

[20] G. Pesce, *Il giudice amministrativo e la decisione robotizzata*, in www.judicium.it, 15 giugno 2020.

[21] M. Corradino, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021.

[22] Il problema non si pone per tutti gli algoritmi, ma sono per quelli che si avvalgono di meccanismi di *machine learning*, cfr. C. Silvano, *Prospettive di regolazione della decisione amministrativa algoritmica: un'analisi comparata*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 265 ss. Sul tema delle *black box*, si veda F. Pasquale, *The Black box society, The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Londra, 2015, 144 ss.

[23] Nella versione precedente, l'articolo configurava questa come una semplice possibilità per le Amministrazioni.

[24] Al proposito è stato affermato che «a fronte della diffusione di testi ricognitivi non vincolanti, il quadro delle norme vigenti sull'utilizzo dei software di intelligenza artificiale nel settore giuspubblicistico appare scarno e lacunoso». Così, V. Neri, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urb. e appalti*, 2021, 5, 587.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, maggio – giugno 2023

La repressione degli abusi edilizi: il proteiforme sistema sanzionatorio come paradigma dell'operazione di bilanciamento di interessi confliggenti

di Maria Camilla Spina

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Abusi edilizi e sistema sanzionatorio: contesto normativo e profili dommatici: la lottizzazione abusiva. – 2.1 Le ulteriori fattispecie di illecito edilizio. – 3. Il principio del legittimo affidamento e il potere sanzionatorio: considerazioni dommatiche e profili di interferenza. – 3.1: Segue: legittimo affidamento e onere motivazionale nell'ordine di demolizione: vicende applicative. – 4. Abuso di necessità e diritto all'abitazione: le soluzioni giurisprudenziali nel diritto interno e sovranazionale. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

Il tema dell'abusivismo edilizio e della disaggregazione territoriale esistente fra nord e sud Italia nell'utilizzazione del territorioⁱ ha da sempre sollevato un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza con orientamenti contrastanti sulla interpretazione ed applicazione delle misure di contrasto e repressione degli abusi, anche per le forti incertezze e contraddizioni esistenti nel sistema normativo in ambito edilizioⁱⁱ. Considerato che il territorio italiano è posto anche ad alti rischi di dissesto idrogeologico e molti Comuni sono ad alta pericolosità di frana e pericolosità di idraulica, ci si è chiesti quali misure si possono adottare per preservare le aree verdi ed il territorio contrastando fattori quali il consumo del suolo e l'abusivismo edilizio ed esplorando soluzioni che possano mitigare la tensione sociale precludendo a una strategia di ricomposizione urbanistica. Il tema dell'abusivismo edilizio non

può essere ridotto solo ad una questione strettamente repressivo-sanzionatoria ma è un problema anche culturale, di prevenzione, di ambiente, di salute che va opportunamente sviluppato, quindi, in un quadro normativo nazionale e regionale chiaro e lungimirante. Tuttavia, la dilagante diffusione dell'abusivismo edilizio, l'intrico normativo e l'articolata suddivisione delle competenze fra Stato-Regioni hanno contribuito ad acuire la scarsa tutela del territorio oltre che al fallimento delle politiche urbanistiche ed ambientali nazionali, regionali e locali, confermando la crisi del modello di federalismo consolidatosi dopo la riforma costituzionale del 2001. Paradossalmente i conflitti di competenza fra istituzioni, la gerarchia normativa che vede intersecarsi principi costituzionali, Testo Unico dell'edilizia, Codice dei beni culturali e del paesaggio, Convenzione europea sul paesaggio, leggi nazionali e regionali, normative e pianificazioni a ogni livello ha dato luogo a un farraginoso sistema normativo con norme spesso non coincidenti tra loro.

In un tale contesto caratterizzato da carenze e criticità della normativa e dell'attività amministrativa del governo del territorio – che hanno sovente impedito la costruzione di un sistema urbano equilibrato e policentrico – si inserisce il delicato rapporto tra potere-dovere dell'amministrazione pubblica locale nell'esercizio dei poteri di vigilanza e di irrogazione di sanzioni su tutta l'attività edilizia ed urbanistica e delle conseguenze imputabili alla sua inerzia nella repressione degli illeciti urbanistici. Per la Suprema Corte di Cassazione, in particolare, con riguardo ai reati urbanisticiⁱⁱⁱ, l'oggetto della tutela penale apprestata in materia edilizia non va individuato esclusivamente nell'interesse strumentale della P.A. al controllo delle attività che comportano trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, bensì e principalmente nella "salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio" medesimo^{iv}. Ed al fine di garantire un ordinato sviluppo del territorio si rende necessario un apparato normativo di chiusura che garantisca la vigilanza e la repressione degli abusi edilizi mediante sanzioni sia amministrative che penali^v.

2. Abusi edilizi e sistema sanzionatorio: contesto normativo e profili dommatici: la lottizzazione abusiva

L'attuale disciplina della vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia^{vi}, nonché della responsabilità e sulle relative sanzioni, è contenuta nel Titolo IV, capi I e II, del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 s.m.i. (cd. t.u.ed.)^{vii}, che costituisce il testo fondamentale di riferimento^{viii}, anche se ai sensi dell'art.117 Cost. il 'governo del territorio'^{ix} rientra tra le materie di competenza legislativa concorrente di Stato e Regioni^x. Coerentemente con tale assetto, il t.u.ed. fa riferimento alla potestà legislativa regionale esercitabile nel rispetto dei principi fondamentali così come fissati da legge statale. (art. 2 t.u.ed.)

Il t.u.ed. nel disciplinare i diversi livelli di intervento sul territorio, prevede, per la violazione dei precetti relativi ad ognuno di essi, apposite sanzioni. Il legislatore, infatti, dopo aver individuato agli artt. 27 e 31, commi 7 e 8, i soggetti preposti all'attività di vigilanza e di repressione e all'art. 29 i soggetti diversamente responsabili dell'illecito commina, per gli interventi realizzati in assenza di titolo, le sanzioni amministrative di cui agli artt. 31, 33, 37,

38, nonché quelle penali di cui all'art. 44, comma 1, lett. b e c, e comma 2-*bis*, applicabili unitamente a quelle amministrative^{xi}.

L'individuazione dei soggetti coinvolti nella realizzazione dell'illecito edilizio costituisce il presupposto per la applicabilità delle sanzioni di cui al Capo II, sia dal punto di vista amministrativo che penale: a tal proposito, l'art. 29 t.u.e.d. stabilisce che “il titolare del permesso di costruire, il committente ed il costruttore sono responsabili della conformità delle opere alla normativa urbanistica, alle previsioni di piano nonché, unitamente al direttore dei lavori, a quelle del permesso e alle modalità esecutive stabilite dal medesimo”^{xii}. Sussiste, poi, un preciso obbligo^{xiii} di attivarsi da parte dei soggetti deputati alla vigilanza sull'attività urbanistica. La legislazione urbanistica, infatti, attribuisce all'ente comunale il potere-dovere di intervenire al fine di prevenire e di reprimere gli episodi di abusivismo, di cui, tuttavia, non circoscrive debitamente i margini di discrezionalità^{xiv}.

Inoltre, ancora problematico è il tema delle modalità di partecipazione del privato al procedimento di irrogazione della sanzione. Tendenzialmente la giurisprudenza maggioritaria esclude che i provvedimenti repressivi degli abusi edilizi, attesa la loro natura vincolata e la doverosità della sanzione, debbano essere assistiti da particolari garanzie partecipative, e quindi preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 e ss. della l. n. 241 del 1990 agli interessati per le opere realizzate in assenza di titolo^{xv}, ma sul punto si tornerà nel corso della trattazione.

Come innanzi detto, il t.u.ed. al capo II, nell'individuare le diverse ipotesi di illecito, delinea un sistema graduato delle misure di repressione degli abusi edilizi e le relative conseguenze sanzionatorie amministrative e penali, prevedendo altresì, le ipotesi di sanatoria ottenibile mediante l'accertamento di doppia conformità disciplinato dall'art. 36^{xvi}.

L'art. 30, nel disciplinare gli elementi tipici della lottizzazione abusiva e il relativo regime sanzionatorio^{xvii}, come più volte sottolineato dalla giurisprudenza, mira a garantire un ordinato sviluppo del tessuto urbano, in coerenza con le scelte urbanistiche dell'amministrazione comunale, il cui potere pianificatorio viene ad essere vanificato dall'indebito intervento urbanistico o edilizio sui terreni “in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adattati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione” (art. 30 comma 1)^{xviii}. La norma prevede l'adozione di atti amministrativi volti a colpire e sanzionare sul piano amministrativo la lottizzazione abusiva di terreni, senza che sia prevista alcuna pregiudiziale penale, cioè di previa verifica della sussistenza della responsabilità penale di cui all'art. 44, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 380/2001^{xix}. Difatti, in caso di accertamento di tale condotta illecita, il dirigente del competente ufficio comunale deve emettere immediata ordinanza di sospensione delle opere in corso, che va trascritta nei registri immobiliari, e il “divieto di disporre dei suoli e delle stesse opere con atto tra vivi”; qualora, nei successivi 90 giorni, non intervenga la revoca del provvedimento di sospensione, si attiva un meccanismo di automatica traslazione delle aree lottizzate nel patrimonio disponibile del Comune in modo che il dirigente o responsabile del competente ufficio possa procedere alla demolizione (art. 30, commi 7 e 8)^{xx}. In tal caso, la

gratuita acquisizione del bene abusivo nel patrimonio dello Stato è inscindibilmente connessa al regime di competenza della rimozione dell'opera abusiva che rientra nella sfera della pubblica amministrazione^{xxi}.

In merito al ruolo che deve essere svolto dalle Amministrazioni competenti, i Giudici di Palazzo Spada^{xxii} hanno precisato che gli enti preposti nella gestione e tutela del territorio non esauriscono la loro funzione nel tutelare l'interesse al formale rispetto della pianificazione urbanistica, esigendo, invece, anche “la tutela dell'interesse all'effettività del controllo del territorio da parte del soggetto pianificatore tenuto a reprimere qualsiasi intervento lottizzatorio che non sia stato previamente assentito”. Ciò perché spesso non è infrequente constatare la corresponsabilità dello stesso Comune nella violazione delle norme urbanistiche e nel mancato esercizio del controllo. Del resto, la giurisprudenza amministrativa e penale più volte ha sottolineato che la lottizzazione abusiva è fra le principali cause del degrado urbano e dei gravi problemi sociali che ne derivano^{xxiii} e la sanzione prevista dell'acquisizione coattiva dell'immobile al patrimonio del Comune contemplata dall'art. 30, comma 8, tu.e.d. è un atto vincolato^{xxiv}.

Tuttavia, va ricordato che l'inevitabile gravità dell'effetto della confisca per coloro che si trovino coinvolti anche in modo inconsapevole ed estranei alla condotta antiggiuridica, ha determinato per quanto concerne le sanzioni, un'oscillazione in merito alle posizioni assunte della stessa Cassazione nell'individuare dei correttivi alla irrogazione della confisca da parte del giudice penale, prendendo in considerazione la possibilità di riconoscere tutela alla buona fede degli acquirenti anche in considerazione del principio di proporzionalità della sanzione. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di acquirente in buona fede, nel caso in cui non sia stata trascritta l'ordinanza di demolizione antecedentemente all'atto di acquisto, con la conseguente sua inopponibilità agli aventi causa del cespite. In tale ipotesi, ai sensi dell'art. 1147 c.c. “la buona fede è presunta e basta che vi sia stata al tempo dell'acquisto”, e che “la buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave”^{xxv}. Inoltre, l'art. 46, comma 1, del Tu.e.d. prevede la sanzione della nullità solo per gli atti tra vivi, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione sia iniziata dopo il 17 marzo 1985, e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria. Con la conseguenza che, allorquando nell'atto notarile di trasferimento dell'immobile oggetto di irregolarità urbanistica, il titolo edilizio sussista, ma l'abuso consista in una lottizzazione abusiva per cambio di destinazione d'uso, lo stesso non può essere dichiarato affetto dal vizio di nullità, pur essendo irregolare sotto altri profili^{xxvi}. In tale ipotesi, di fronte ad un atto rogato da notaio che non sollevi alcuna obiezione, la buona fede dell'acquirente non può essere apriori esclusa nonostante l'orientamento della giurisprudenza (se pur non condivisibile) che ritiene sussistere nell'acquirente una presunzione legale di conoscenza del regime urbanistico ed edilizio.

Al riguardo, la Corte costituzionale nella sentenza 26 marzo 2015 n. 49, seguendo l'orientamento della CEDU, rilevò che in caso di lottizzazione abusiva la confisca disposta, avendo natura di sanzione intrinsecamente penale, qualora venga in concreto applicata da

un'autorità diversa dal Giudice penale, ovvero dall'autorità amministrativa, può essere disposta “solo nei confronti di colui la cui responsabilità sia stata accertata in ragione di un legame intellettuale (coscienza e volontà) con i fatti”^{xxxvii}. Ma con successiva sentenza 8 luglio 2021 n. 146, la Corte costituzionale soffermandosi sulla tutela dei terzi acquirenti destinatari della misura ablativa, ha in primo luogo affermato che, essendo nulli gli atti di acquisto di beni oggetto di lottizzazione abusiva, gli stessi possono agire, nei confronti dei responsabili diretti dell'illecito lottizzatorio mediante azione di ripetizione dell'indebito oggettivo ed eventuale azione risarcitoria. Ma ha anche osservato che, se la confisca, per la sua incidenza sulla sfera patrimoniale del singolo, è vincolata anche al rispetto del principio di proporzionalità, è nondimeno doveroso ritenere che tale principio assume diverse caratterizzazioni – riverberandosi ciò sulla diversa entità della tutela offerta – a seconda della struttura delle fattispecie sanzionatorie e delle relative finalità^{xxxviii}, considerato anche che, l'adozione della misura ablatoria si realizza solo laddove a tale esito non si sia giunti per effetto della previa adozione, da parte del Comune, dei provvedimenti previsti dall'art. 30, commi 7 e 8, d.P.R. n. 380/2001 e delle altre determinazioni dell'Autorità amministrativa comunale.

Di certo non aiuta l'interprete Cass. pen., Sez. III, n. 18527/2022^{xxxix}, la quale, ribadendo che sussiste la lottizzazione c.d. materiale allorquando “l'intervento è idoneo a pregiudicare la riserva pubblica di programmazione territoriale, presupponendo la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria, o comunque quando si verifica un mutamento dell'assetto territoriale che implica la necessità di predisporre nuove opere di urbanizzazione o di potenziare quelle esistenti”, ritiene che per aversi lottizzazione abusiva occorra un mutamento dell'assetto territoriale comportante la predisposizione di nuove opere di urbanizzazione, dimenticando che il legislatore già con l'art. 18 l. 28 febbraio 1985 n. 47 avesse dato la definizione dell'illecito della lottizzazione^{xxx}. Ma così ragionando, si finirebbe con l'attribuirebbe al giudice una discrezionalità nella valutazione di quel *quid pluris* – tale da sconfinare nell'arbitrio – nonché la violazione del principio costituzionale di eguaglianza in correlazione alle sanzioni stabilite dalla legge per gli illeciti. La oggettiva complessità e poliedricità del fenomeno evidenzia la innegabile gravità delle conseguenze che essa comporta soprattutto per coloro i quali non risultano sempre consapevoli della anti-giuridicità dei comportamenti e delle implicazioni connesse all'esercizio del potere delle amministrazioni comunali.

2.1 (Segue): Le ulteriori fattispecie di illecito edilizio

Occorre premettere che le fattispecie di illecito edilizio che saranno oggetto d'analisi sono quelle sottoposte al regime di controllo preventivo connesso al necessario previo rilascio del titolo abilitativo. Gli interventi soggetti a segnalazione certificata di inizio attività^{xxxi}, invece, sono regolati dall'art. 37 tu.e.d che prevede la sola “sanzione pecuniaria pari al doppio dell'aumento del valore venale del bene conseguente alla realizzazione dell'abuso e comunque non inferiore a 516 euro”^{xxxii}.

Oltre all'ipotesi della lottizzazione abusiva, che rappresenta l'illecito urbanistico più grave tra quelli previsti dall'attuale ordinamento, il d.P.R. n. 380/2001 distingue diverse categorie di illecito, individuandone le specifiche caratteristiche.

Difatti, autonomo rispetto alla fattispecie di lottizzazione abusiva è un diverso *genus* di abuso edilizio caratterizzato, come si coglie dalla diversa *qualitas* e dosimetria sanzionatoria, da una minore carica disvaloriale. Detta categoria è suscettibile di venire a consumazione, alternativamente, mediante diverse modalità di realizzazione, ordinate secondo la gravità dell'abuso: una prima ipotesi, delineata dall'art. 31, parifica, quanto alle conseguenze sanzionatorie, tre tipi di intervento abusivo: quello realizzato nell'assenza di permesso di costruire, in totale difformità e con variazioni essenziali. In ossequio al principio di determinatezza dell'illecito, che informa il sistema sanzionatorio *latu sensu*, il Legislatore, ai sensi degli artt. 31, comma 1, e 32^{xxxiii}, puntualmente descrive le ultime due fattispecie nelle rispettive caratterizzazioni oggettive.

La seconda modalità di realizzazione, di carattere residuale, consiste, invece, in un intervento edilizio soltanto parzialmente difforme dal permesso a costruire (art. 34).

L'assenza di una esplicita perimetrazione contenutistica di quest'ultima fattispecie ha richiesto interventi giurisprudenziali in chiave tassativizzante: la nozione di parziale difformità, secondo una ricostruzione di matrice pretoria, presuppone che l'intervento costruttivo, nonostante sia previsto nel titolo autorizzatorio, venga realizzato secondo modalità diverse da quelle "consacrate a livello progettuale"^{xxxiv}.

Tale prospettiva riceve specifico avallo da una lettura *a contrario* dell'art. 31 t.u.ed., che, nel descrivere le opere eseguite in totale difformità dal permesso a costruire, si riferisce a quelle che "comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto nel permesso stesso". Come opportunamente evidenziato in giurisprudenza, il *discrimen* intercorrente tra le due *species* di difformità – che sono accomunate esclusivamente dalla sussistenza di un titolo abilitativo descrittivo di uno specifico intervento costruttivo – va ravvisato nella divergenza dei parametri di raffronto: se la totale difformità evoca una "comparazione sintetica tra l'organismo progettato e quello scaturente dalla complessiva attività di edificazione, quella parziale, piuttosto, concerne la singola difformità rispetto alle previsioni progettuali dell'intervento edilizio"^{xxxv}.

Margini di potenziale sovrapponibilità si profilano anche con riguardo alla fattispecie intermedia dell'intervento realizzato con variazioni essenziali: a tal proposito si è di recente sostenuto che integra difformità parziale un intervento caratterizzato da modificazioni incidano su elementi particolari e non essenziali della costruzione e si concretizzino in divergenze qualitative e quantitative non incidenti sulle strutture essenziali dell'opera^{xxxvi}.

Il corretto discernimento tra le diverse ipotesi è pregno di risvolti di tipo pratico apprezzabili in punto di disciplina. Nella prima categoria, a tenore dell'art. 31, accertata la sussistenza dell'illecito, la pubblica amministrazione emette un provvedimento col quale ingiunge al

proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione. Come sanzione all'inottemperanza del suddetto obbligo, oltre che l'irrogazione di una pena pecuniaria, opera un meccanismo analogo a quello previsto per la lottizzazione abusiva. In particolare “il bene e l'area di sedime^{xxxvii}, nonché quella necessaria secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive, sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del Comune”.

Nella seconda ipotesi, ferma restando la rimozione o la demolizione delle opere abusive a spese dei responsabili e a cura di questi ultimi – ovvero a cura del Comune in caso di inerzia dei responsabili – è prevista una speciale ipotesi di conversione della sanzione demolitoria con una pena pecuniaria – cd. fiscalizzazione dell'abuso^{xxxviii} – secondo i parametri di commisurazione di cui all'art. 34, comma 2, stante la parziale conformità dell'intervento ai requisiti prescritti. Detta conversione, infatti, è subordinata alla valutazione di impossibilità di rimozione dell'opera senza pregiudizio dell'intervento realizzato a norma di legge.

A mente di consolidata giurisprudenza la prospettiva funzionale prevalente del complesso sanzionatorio è quello orientato alla restituzione in integro dell'ordine urbanistico violato^{xxxix}. La sanzione pecuniaria, infatti, si qualifica come deroga alla regola generale della demolizione e presuppone la rigorosa dimostrazione dell'oggettiva impossibilità di procedere alla rimozione delle parti difformi senza incidere, sul piano delle conseguenze materiali, sulla stabilità dell'intero edificio^{xl}.

Il Legislatore, dunque, attribuisce alla pubblica amministrazione, su istanza del privato e nella fase esecutiva, il potere di sostituire la più grave sanzione della demolizione con una pena di *species* diversa, cioè la sanzione pecuniaria solo nei casi in cui sia oggettivamente impossibile procedere alla demolizione: “deve, pertanto, risultare in maniera inequivoca che la demolizione, per le sue conseguenze materiali, inciderebbe sulla stabilità dell'edificio nel suo complesso”^{xli}. Di nessun rilievo, pertanto, sarebbe il fatto che l'intervento di ripristino risulti eccessivamente oneroso anche in ragione del valore attribuibile all'immobile. A parere del Consiglio di Stato, infatti, “se si potessero prendere in esame anche questi profili si rischierebbe di trasformare l'istituto in esame in una sorta di “condono mascherato” con incidenza negativa grave sul complessivo assetto del territorio e in contrasto con la chiara determinazione del legislatore, che ha imposto che abbia luogo la demolizione parziale, tranne il caso in cui la relativa attività materiale incida sulla stabilità dell'intero edificio, e dunque anche nell'ipotesi in cui nella parte da demolire siano stati realizzati strumenti o impianti più o meno costosi”^{xlii}.

Quanto al pregiudizio funzionale ovvero ai danni arrecati all'immobile che possono impedirne l'utilizzo (es. interruzione degli impianti), lo si ritiene irrilevante in quanto, ripristinati lo stato dei luoghi e lo status legittimo (art. 9-*bis* d.P.R. n. 380/01), l'interessato potrà dare corso a tutti gli interventi utili all'ottenimento delle condizioni previste per l'agibilità degli immobili. Pertanto, è onere del privato fornire dimostrazione dell'obiettiva impossibilità di ottemperare all'ordine stesso senza pregiudizio per la parte conforme^{xliii}.

Tale affermazione poggia, in primo luogo, sul bene giuridico tutelato dal complesso normativo in esame, qual è l'ordinato sviluppo del tessuto urbano e degli insediamenti abitativi, in aderenza alle scelte pianificatorie dell'amministrazione nonché un uso corretto del suolo edificabile coerente con le sottese esigenze finanziarie e della comunità territoriale di riferimento. Viene in rilievo, in secondo luogo, l'interesse privato alla salvaguardia di un intervento edilizio realizzato in maniera compatibile con i parametri di legge, riferibile, a seconda dei casi, alla libera iniziativa economica o al diritto di abitazione.

Nel contesto normativo così delineato è possibile individuare un sistema sanzionatorio che si articola, sul versante amministrativo, in un triplice ordine di misure: l'ordine di demolizione, la gratuita acquisizione al patrimonio indisponibile del Comune dell'area sulla quale insiste la costruzione abusiva nelle ipotesi di cui all'art. 31 tu.e.d.^{xliv} e la pena pecuniaria eventualmente inflitta in sostituzione alla demolizione.

Tale assetto è insuscettibile di essere ricostruito in termini univoci in ragione della profonda asimmetria che insiste quanto ai rispettivi requisiti di operatività nonché quanto ai relativi scopi: l'ingiunzione a demolire è sanzione orientata alla *restitutio in integrum* e, segnatamente, all'obiettivo di ristabilire il menomato ordine urbanistico^{xlv}. Invero, proprio in ragione della sua spiccata vocazione ripristinatoria, l'irrogazione della misura prescinde dall'accertamento dei requisiti soggettivi del trasgressore potendosi applicare anche a carico del soggetto rispetto al quale non sia possibile muovere alcun addebito di responsabilità purché si trovi in rapporto con la res tale da consentire la restaurazione dell'ordine violato^{xlvi}.

L'automatica traslazione dell'oggetto materiale dell'illecito al patrimonio dello Stato, invece, differentemente si attegga a seconda dell'illecito contestato e conserva la propria autonomia rispetto all'ordine di demolizione^{xlvii}. Nei casi di lottizzazione abusiva, infatti, la misura ablatoria ha ad oggetto le aree lottizzate ed è conseguenza automatica della mancata revoca dell'ordine di sospensione di cui all'art. 30, comma 7: essa è legata da un nesso di stretta strumentalità con la demolizione delle opere che avviene a esclusiva cura della pubblica amministrazione competente.

Nel diverso caso di interventi eseguiti in assenza, totale difformità o con variazioni essenziali del permesso di costruire, come anticipato, il soggetto che deve provvedere alla demolizione è il responsabile dell'abuso, destinatario del provvedimento di ingiunzione, o l'attuale proprietario dell'immobile, se soggetto diverso. Solo in caso di inottemperanza all'ordine di ripristino^{xlviii}, è prevista la sanzione della gratuita acquisizione con vocazione affittiva^{xlix}: tale misura, infatti, non ha valenza strumentale alla rimozione delle opere indebitamente realizzate ed è, invece, subordinata ad un duplice ordine di condotte: la costruzione di un'opera abusiva e l'inadempimento all'obbligo di demolirla^l. In presenza di tali condizioni, il transito del bene abusivamente edificato nel patrimonio comunale avviene *ipso iure*, costituendo effetto automatico di tali condotte^{li}. In tal caso, proprio in ragione della natura affittiva della sanzione in esame, vi deve essere necessaria coincidenza tra l'autore della condotta sanzionata – ovverosia l'inottemperanza – e il destinatario della sanzione, in ossequio al principio della personalità della pena^{lii}.

La ricostruzione della natura e degli effetti della sanzione nei termini anzidetti è stata di recente ribadita dal Consiglio di Stato, che ha chiarito alcuni profili della disciplina in esame e segnatamente quali siano le condizioni affinché il proprietario del bene abusivo possa scongiurare l'effetto ablativo a detrimento del diritto di proprietà.

In particolare, il soggetto destinatario di un ordine di demolizione non adempiuto deve dimostrare di essere stato impossibilitato ad eseguirlo “per una ragione non riconducibile a sua colpa”^{liii}. Solo in tal caso si recide il necessario nesso di riferibilità soggettiva della condotta materiale al soggetto, sufficiente a ritenere non integrato l'illecito in questione.

La sentenza in esame prende in considerazione anche l'ipotesi non infrequente in cui il rapporto con la *res* sia precluso in ragione della sottoposizione del bene a sequestro penale. Ebbene, in tal caso, la mera sottoposizione a sequestro, che fisiologicamente esclude qualsivoglia potere di disponibilità sulla cosa, non è di per sé ostativa a rendere operativo il meccanismo di automatico trasferimento. Ciò in quanto grava comunque sul titolare l'onere di attivarsi presentando all'autorità giudiziaria un'istanza di dissequestro ai fini del ripristino dello stato dei luoghi così come contemplata ai sensi dell'art. 85 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale: solo in caso di rigetto si avrebbe sospensione dell'ordinanza di demolizione. In tale ipotesi, invero, non sarebbe possibile muovere un giudizio di rimproverabilità nei confronti del destinatario della misura afflittiva posto il carattere incolpevole della condotta inadempiente. Tale conclusione consente, peraltro, bilanciare la insopprimibile garanzia della necessaria riferibilità soggettiva della condotta all'autore, alla diversa esigenza di “non incentivare comportamenti opportunistici volti a paralizzare l'azione amministrativa di vigilanza e tutela del territorio, speculando sui tempi – per ovvi motivi, necessariamente più lunghi – di conclusione del procedimento penale”^{liv}.

La forte incidenza della misura ablatoria in esame sul diritto di proprietà soddisfa, come osservato in dottrina, anche una funzione marcatamente preventiva della commissione dell'illecito congiuntamente a quella di incentivare alla spontanea rimozione dell'illecito^{lv}.

Significativa valenza paradigmatica assume, con riguardo al tema in esame, il comma 5 dell'art. 31 del TU Edilizia^{lvi}: nel delineare le conseguenze dell'acquisizione gratuita del bene al patrimonio dello Stato, ne individua quale esito fisiologico la demolizione cui – occorre ribadirlo – tale misura ablatoria è preordinata^{lvii}. La norma individua, poi, un'ipotesi derogatoria rappresentata dal caso in cui “con deliberazione consiliare non si dichiara l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico.” In tal caso non si darebbe luogo alla demolizione e l'opera abusivamente costruita resterebbe inglobata nel patrimonio statale.

Tale disposizione suscita particolare interesse per una serie di aspetti che spaziano dal profilo redazionale alle relative implicazioni quanto alla consistenza del potere del Comune.

La pubblica amministrazione territorialmente competente può, in deroga al regime sanzionatorio, deliberare a favore della permanenza di un'opera formalmente abusiva se

ravvisi l'esistenza di interessi pubblici preponderanti. La norma attribuisce alla P.A. una discrezionalità dai confini evidentemente estesi in ragione del generico richiamo alla categoria degli interessi pubblici e in assenza di un catalogo legalmente predeterminato idoneo a veicolare l'azione discrezionale della pubblica amministrazione.

L'ampia categoria di interessi pubblici è, invero, notoriamente poliedrica e suscettibile di inglobare una vasta gamma di valori rilevanti che, nell'ipotesi in esame, il Legislatore non si occupa di circoscrivere.

Tale considerazione è pregena di conseguenze pratiche: la discrezionalità della pubblica amministrazione, è così significativamente dilatata con il latente rischio di abuso di tale estensione. Alle complicazioni geneticamente connesse al bilanciamento di interessi pubblici e privati che rilevano nel caso concreto, si aggiungono, infatti, quelle derivanti da una necessaria e preliminare selezione in astratto degli interessi pubblici da ponderare, scelta che sfugge a qualsivoglia circoscrizione legislativa ma è rimessa interamente alle scelte comunali. Un tale contesto genera qualche perplessità che è alimentata, in primo luogo, dalle conseguenze particolarmente incisive di una scelta totalmente rimessa alla P.A. sulla sfera del privato: la misura ablatoria della gratuita acquisizione dello Stato, che incide in misura massima su un diritto costituzionalmente garantito, è inscindibilmente connessa alla demolizione di una costruzione abusiva: dovrebbe essere, dunque, prerogativa del Legislatore stabilire con precisione le condizioni che consentono sacrificio di un diritto soggettivo, destinato a cedere dinnanzi all'interesse pubblico preponderante: quello della salvaguardia dell'ordine edilizio. L'ipotesi derogatoria contemplata dal comma 5 dell'art. 31 attribuisce al Comune il potere di interrompere il nesso di strumentalità tra la gratuita acquisizione del bene al patrimonio dello Stato e la demolizione, consentendo, peraltro, una deviazione dalla naturale conseguenza della demolizione sulla base di una valutazione di interessi rimessa alle scelte dell'amministrazione nell'esercizio della discrezionalità collocata non solo a valle, nel valutare l'opportunità della rimozione integrale dell'opera rispetto alla preminenza di interessi pubblici, ma anche a monte, nella selezione degli stessi, attingendo da una categoria dai confini incerti e assai estesi.

A bilanciare, soltanto parzialmente, questa dilatazione notevole del potere amministrativo, appare essere l'ultima parte del già menzionato comma laddove preclude al Comune competente di adottare la delibera della mancata rimozione laddove l'opera contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico^{lviii}. Anche in tal caso, tuttavia, la clausola finale ben si presta ad interpretazioni eterogenee.

A chiarire i presupposti dell'esercizio del potere comunale di cui all'art. 31 co. 5 del T.u.ed. è intervenuta, ancora una volta, la fonte giurisprudenziale.^{lix} Il Consiglio di Stato^{lx} ha infatti individuato in tale norma di chiusura uno strumento la cui operatività è subordinata alla presenza di un intervento edilizio non solo illegittimo ma anche non altrimenti recuperabile alla legittimità in favore dei privati la cui portata derogatoria è rimessa alla esclusiva potestà comunale, "consentendo, di fatto, alla mano pubblica ciò che non è permesso alla parte privata"^{lxi}. Tale "via d'uscita", di natura evidentemente eccezionale^{lxii} rispetto alla soluzione

della demolizione è, dunque, un “vantaggio unilaterale” di cui l’ente locale ricopre la veste di esclusivo arbitro. Quanto alla posizione del privato, delle cui sorti è immediato domandarsi, la Corte riserva la “residua difesa di poterne dimostrare l’insussistenza”. La *ratio legis* è limpidamente delineata: “in un ordinamento nel quale la non consumazione del territorio, specie mediante edificazioni non legittime, costituisse valore assoluto, o, quanto meno, di grado sufficientemente elevato, quella norma non avrebbe motivo di essere, posto che allora la reintegrazione del territorio – mediante eliminazione di quanto l’ha non correttamente consumato – dovrebbe da esso essere pretesa senza eccezioni per alcuno. Non così nel nostro, all’evidenza, dove invece quella norma funge da strumento di sostanziale redenzione dalla colpa (costituita dall’avvenuta edificazione non legittima), con l’unica attenuante data dal fatto che il perdono (a livello sostanziale ed oggettivo) non si risolve in vantaggio del singolo, autore della colpa, bensì dell’intera collettività”^{lxiii}.

E allora è proprio la ricostruita *ratio* – la tutela del vantaggio della collettività^{lxiv} – che dovrebbe animare l’esercizio del potere in esame che dovrebbe altresì fungere anche come criterio di bilanciamento delle sopravvenute emergenze, connesse al fisiologico decorrere del tempo ed alle contingenze ad esso legate, specie nelle ipotesi, del tutto infrequenti, nelle quali le lungaggini delle vicende legate all’accertamento degli abusi edilizi determinano scenari complessi e cangianti.

3. Il principio del legittimo affidamento e il potere sanzionatorio: considerazioni dommatiche e profili di interferenza

L’analisi del sistema sanzionatorio degli illeciti edilizi finora svolta costituisce premessa necessaria per l’inquadramento delle condotte e i connessi profili funzionali nonché idonea a disvelarne una connotazione fondamentale che costituisce il minimo comune denominatore con le vicende sviluppatesi intorno al tema del legittimo affidamento: la coesistenza di interessi collettivi e privati può essere considerata, infatti, il fulcro attorno a cui ruotano le problematiche che emergono nell’attività di repressione degli abusi edilizi rappresentandone, tra l’altro, il punto di maggiore delicatezza. Ne costituiscono conferma, come si è visto, le numerose vicende giurisprudenziali che ne hanno governato l’attuazione. Su questa linea ricostruttiva giova, ora, procedere all’analisi dell’interferenza tra il principio del legittimo affidamento, che occorre brevemente illustrare nella sua dimensione teorica e pratica, e l’esercizio del potere sanzionatorio, così come esaminato nei paragrafi precedenti.

A dispetto dell’assenza di un esplicito richiamo in Costituzione, il principio del legittimo affidamento^{lxv} ha una portata valoriale tale da potersi ascrivere ai principi di ordine costituzionale acquisendone, dunque, analoga collocazione sovraordinata^{lxvi}. Di pacifica opinione, riscontrabile in consolidata giurisprudenza, è la sua riconducibilità al disposto di cui all’art 3 Cost. di cui costituirebbe diretto corollario. Di peculiare pregnanza è la posizione della giurisprudenza costituzionale che, nel riferirsi a tale principio, lo eleva ad “elemento essenziale dello Stato di diritto”^{lxvii}.

Sinergicamente, la garanzia dell'affidamento assume significativa rilevanza nella regolazione dei rapporti tra Stato e cittadino assurgendo a canone fondamentale dell'azione amministrativa^{lxviii} essendo stato virtualmente inserito, anche in tal caso per via dottrinale e pretoria, nell'elenco dei principi generali di cui alla disposizione d'esordio della legge sul procedimento amministrativo^{lxix}. Il legittimo affidamento sconta, infatti, analogo difetto di espressa menzione normativa anche a livello di legislazione primaria. Tale opzione è, tuttavia, di mera valenza formale posto che, all'esito della progressiva rimodulazione delle relazioni tra pubblica amministrazione e cittadino in termini squisitamente dialogici, il legittimo affidamento ne costituisce premessa necessaria. Ad avallare tale conclusione si pone la recente interpolazione dell'art. 1 della l. 241/1990 ad opera della l. 120/2020 di conversione del cd. Decreto Semplificazione, arricchita del nuovo comma *2-bis* la cui collocazione tassonomica ne rivela la funzione programmatica: se l'interazione tra cittadino e Stato deve essere improntata per specifica dizione normativa da collaborazione e buona fede, essa deve indefettibilmente svilupparsi sotto l'egida del legittimo affidamento.

Nello studio che ci si appresta a svolgere, tali considerazioni costituiscono una chiave metodologica nella risoluzione della più immediata questione esegetica insorgente attorno al principio di affidamento: la perimetrazione di quelle situazioni qualificate idonee a generare una posizione meritevole di tutela. Legittimo affidamento e bilanciamento di interessi rappresentano, invero, i termini di un sillogismo complesso: nella dichiarazione di infondatezza della questione di legittimità sollevata dalla Suprema Corte di Cassazione^{lxx} dell'art. 29, comma 1, d.-l. n. 185/2008^{lxxi} proprio in relazione alla lesione di tale parametro, la Corte Costituzionale, richiamando peraltro svariati precedenti, ribadisce la fisiologica sottoposizione del principio dell'affidamento all'operazione di ponderazione con altri diritti e valori costituzionali e ciò finanche nel caso in cui l'affidamento afferisca a diritti soggettivi perfetti.^{lxxii}

Tale ricostruzione impone di abiurare criteri selettivi staticamente assertivi e privilegiare, invece, una logica necessariamente dinamica che si sviluppi in operazioni di perenne raffronto con situazioni ed esigenze eterogenee.

Mentre nel caso del rapporto con le istituzioni pubbliche, e segnatamente nell'attività di produzione legislativa, il quesito è stato risolto dalla Corte costituzionale ricorrendo alla nozione di causa normativa adeguata, nell'attività amministrativa, il parametro dirimente deve necessariamente coincidere con l'interesse pubblico individuato dalla norma attributiva del potere quale sua direzione teleologica.

Tuttavia, la verifica della preminenza di un interesse pubblico è operazione ben più complessa che ha impegnato a lungo la giurisprudenza amministrativa.

Occorre dar conto sinteticamente degli approdi di matrice pretoria in proposito che saranno utili a disvelare le singolarità che invece hanno caratterizzato il provvedimento oggetto di esame, l'ordine di demolizione.

Nell'individuare le situazioni di volta in volta idonee a costituire posizione di vantaggio a favore del privato, la giurisprudenza, come anticipato, si è avvalsa di una criteriologia di tipo fattuale, insuscettibile di essere ricondotta ad unità all'interno di una trama sistematicamente ordinata. A conferma di tale impostazione è stata, in particolare, la progressiva apertura alla tesi dell'indifferenza della forma dell'atto fonte del legittimo affidamento tale da poter ipotizzare che anche un mero comportamento o una condotta di inerzia possa ingenerare nel privato l'affidamento circa l'an di una data circostanza. Emblematiche sono, in proposito, le tre note ordinanze gemelle della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596, che, per ciò che qui interessa, hanno ritenuto azionabile il diritto al risarcimento del danno per lesione del legittimo affidamento non ingenerata da un atto amministrativo ma da mero comportamento. In particolare, "il provvedimento che aveva concesso il diritto a edificare e che, perché illegittimo, è stato legittimamente posto nel nulla, rileva per il titolare dello *ius aedificandi* esclusivamente quale mero comportamento degli organi che hanno provveduto al suo rilascio, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito per violazione del principio del *neminem laedere*, [...] per avere tale atto, con la sua apparente legittimità, ingenerato nel destinatario l'incolpevole convincimento (fondato sull'affidamento in ordine alla legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa) di potere legittimamente procedere all'edificazione".

È ora opportuno evidenziare come, secondo una autorevole ricostruzione dottrinale della nozione di discrezionalità amministrativa, il potere discrezionale attribuito alla pubblica amministrazione consiste nel bilanciare i diversi interessi esistenti, individuando attraverso una visione pluralistica, la soluzione ottimale ai fini della cura dell'interesse pubblico^{lxxiii}. Tale scelta, che trova estrinsecazione formale nel provvedimento amministrativo, è esito di una valutazione comparativa di interessi pubblici e privati rilevanti nella fattispecie concreta, i quali possono essere anche confliggenti. È proprio in questa complessa operazione di bilanciamento e di ponderazione che si rinviene l'*ubi consistam* dell'attività amministrativa in quanto tale.

A tale postulato è ispirata la fisionomia del procedimento amministrativo^{lxxiv}: la trama degli istituti partecipativi che scandisce la dinamica procedimentale è strumentale, in una prospettiva dialogico-collaborativa, all'ampliamento dello spettro cognitivo della pubblica amministrazione tale che possa acquisire elementi ulteriori utili all'esercizio del potere. Discrezionalità amministrativa che non implica affatto libertà di scelta, ma, al contrario, necessità che ogni decisione sia il frutto dell'osservanza di precisi criteri, alcuni individuati dalla norma altri dall'esperienza dell'amministrazione decidente^{lxxv}. Su un diverso versante, secondo una logica, invece, prettamente difensiva, i poteri di interazione riconosciuti dalla legge al privato assumono vocazione squisitamente garantistica specie con riguardo ai provvedimenti idonei ad incidere negativamente sulla sfera giuridica soggettiva individuale: a tale categoria sono senz'altro ascrivibili le fattispecie provvedimentali rilevanti ai fini dell'analisi che ci si appresta a condurre e segnatamente le misure predisposte dall'ordinamento alla repressione degli abusi edilizi.

È opportuna qualche precisazione metodologica: nella disamina dei profili problematici geneticamente connessi alla ponderazione di contrapposti interessi, tali misure assumono, invero, straordinaria valenza paradigmatica posto che nella relativa articolazione procedurale si condensano le spinosità tipicamente connotative dei provvedimenti di segno negativo i quali, nel perseguire una finalità pubblicistica, incidono a detrimento di interessi privati.

La tematica in esame sarà scandagliata in relazione a due diversi fronti speculari a due diverse accezioni dell'interesse privato *latu sensu* inteso.

In primis l'indagine verterà sui punti di interferenza tra l'esercizio del potere amministrativo di controllo e conseguente sistema sanzionatorio^{lxxvi} alla luce della consolidata giurisprudenza amministrativa che esclude la configurabilità di un legittimo affidamento tutelabile. In particolare, è opportuno premettere che orientamento del Consiglio di Stato ha ribadito 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, in quanto trattandosi di atto di natura vincolata non è richiesta alcuna specifica motivazione circa la sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'irrogazione della sanzione^{lxxvii}. Il profilo della rilevanza del decorso temporale, che sarà oggetto di analisi approfondita nel paragrafo che segue, si interseca con la qualificazione del potere di irrogazione delle sanzioni che giurisprudenza consolidata esclude essere di natura discrezionale in quanto carente degli estremi sopra descritti. In tale direzione il potere sanzionatorio si inserisce nell'area dell'attività vincolata.^{lxxviii}

In secondo luogo, sarà analizzata la rilevanza dell'interesse privato anche nel suo peculiare atteggiarsi in termini di vero e proprio diritto e segnatamente di diritto all'abitazione.

Giova preliminarmente sottolineare la centralità del formante giurisprudenziale che, su ambedue i versanti, ha tracciato le linee del processo evolutivo – sovente tortuoso e irto di contraddizioni – sviluppatosi attorno a tali questioni, caratterizzate, come si vedrà, da stringente attualità.

3.1. (Segue): Legittimo affidamento e onere motivazionale nell'ordine di demolizione: vicende applicative

La problematica questione della determinazione delle situazioni idonee a fondare legittimo affidamento è stata esaminata di recente in tema di abusi edilizi. Il tema della repressione di tale ordine di illeciti ha costituito, invero, terreno fertile per il progredire del dibattito sul profilo in esame.

In particolare, costante era il contrasto giurisprudenziale in materia di legittimità dell'ordine di demolizione di un'opera abusiva quando fosse decorso un considerevole lasso temporale dalla realizzazione dell'intervento specie nei casi nei quali vi fosse stata dissociazione soggettiva tra il responsabile dell'abuso ed il proprietario del bene il quale abbia maturato legittimo affidamento sulla conformità ai parametri di legge dell'immobile di sua proprietà.

La questione ha riguardato anche gli eventuali profili di incidenza del decorso temporale sulla parte motiva del provvedimento amministrativo e segnatamente sull' idoneità della consistente distanza cronologica tra l'intervento abusivo e l'esercizio del potere della pubblica amministrazione a rimodulare in senso rafforzativo l'obbligo di motivazione^{lxxix}.

Un orientamento giurisprudenziale più risalente aveva negato qualsiasi incidenza del mero trascorrere del tempo sia sui profili di legittimità del provvedimento sia sui relativi obblighi motivazionali. Siffatta conclusione muove dalla premessa della inesauribilità del potere amministrativo che dunque non solo non è oggetto ad alcun termine prescrizione ma è da qualificare come atto dovuto: l'esercizio del "potere di ripristino dello *status quo*" a distanza di un arco cronologico considerevole dalla realizzazione dell'abuso non è circostanza idonea ad ingenerare una posizione giuridica meritevole di tutela a beneficio del privato. Lo snodo argomentativo a sostegno di tale tesi è rinvenibile nella insussistenza di un obbligo di comparazione di contrapposti interessi: da ciò deriverebbe l'irrilevanza del fattore temporale sul *corpus* motivazionale del provvedimento che trova, poi, ulteriore ragione giustificativa nella doverosità dell'esercizio del potere^{lxxx}. L'ordine di demolizione, proprio per la sua natura di atto vincolato, non solo non richiede la valutazione, da parte dell'amministrazione, delle ragioni di interesse pubblico – concrete ed attuali – sottese alla sua emanazione ma neppure la comparazione con gli interessi privati sacrificati^{lxxxi}. Il carattere abusivo dell'opera è ostativo alla possibilità di "dolarsi del fatto che l'amministrazione lo abbia prima in un certo qual modo avvantaggiato, adottando solamente a notevole distanza di tempo i provvedimenti repressivi dell'abuso non sanabile"^{lxxxii}.

A mente di tale orientamento, in sintesi, non è giuridicamente ipotizzabile l'insorgenza di un affidamento legittimo alla permanenza di una situazione illegale, né il decorso del tempo può esaurire il potere sanzionatorio della pubblica amministrazione o valere alla stregua di una sanatoria: consentire l'estinzione di un abuso edilizio per il semplice decorso del tempo significherebbe configurare una sorta di "sanatoria *extra ordinem*"^{lxxxiii}.

Diverso orientamento aveva attribuito, invece, al fattore temporale una portata incidente sulle modalità di esercizio del potere repressivo specie in caso nel quale responsabile dell'abuso e proprietario del bene fossero soggetti diversi: tale dissociazione soggettiva era ritenuta, invero, sintomatica della buona fede del proprietario rilevante in quanto connessa al principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, corollario di quello di ragionevolezza e parità di trattamento, che impone all'amministrazione il perseguimento del pubblico interesse col minor sacrificio possibile dell'interesse privato^{lxxxiv}. La decorrenza di un consistente lasso temporale tra la realizzazione dell'abuso e l'esercizio del potere sanzionatorio, in sostanza, si considerava idonea ad ampliare i termini dei valori oggetto di bilanciamento con conseguenti riflessi sulla consistenza dell'apparato motivazionale del provvedimento di demolizione: l'interesse pubblico non poteva, in quest'ottica, coincidere, con il mero ripristino della legalità violata, in particolare il Comune avrebbe dovuto esplicitare in motivazione considerazioni afferenti alla posizione dei proprietari non responsabili dell'abuso nonché della protratta inerzia della pubblica amministrazione^{lxxxv}.

Dalla disamina delle pronunce giurisdizionali aderenti a tale tesi, si evince, in ogni caso, la necessità di valutare la effettiva sussistenza di una situazione di incolpevole affidamento. Restando, infatti, pacifica la natura vincolata dell'ingiunzione alla demolizione nonché della sua realtà – dal che consegue l'irrelevanza di un eventuale successivo trasferimento del bene – la giurisprudenza in esame sostiene che solo in taluni casi limite, opportunamente circoscritti, è possibile giungere a diverse conclusioni: trattasi dei casi in cui l'attuale proprietario dell'edificio abusivo destinatario del provvedimento di rimozione non sia responsabile dell'abuso nonché il trasferimento del bene non sia avvenuto al solo fine di eludere la disciplina sanzionatoria e che tra la realizzazione dell'abuso, il successivo acquisto, e l'esercizio da parte dell'autorità dei poteri repressivi sia intercorso un lasso temporale consistente. In una simile evenienza, proprio in ragione dell'evidente stato di buona fede del proprietario, grava in capo all'amministrazione l'onere di motivare sugli interessi pubblici idonei a ritenere “recessivo” lo stato di buona fede dell'attuale proprietario^{lxxxvi}. In questa prospettiva ben si comprende l'asserita necessità di un impegno esplicativo maggiore nella parte motiva del provvedimento sanzionatorio che deve rendere conto della presenza di un interesse pubblico idoneo a prevalere sullo stato soggettivo, interesse pubblico che, evidentemente, non può esaurirsi alla mera restaurazione dell'ordine urbanistico violato.

Il conflitto giurisprudenziale ha trovato definitiva composizione nella sentenza n. 9 del 17 ottobre 2017 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato aderendo alla tesi meno favorevole per il privato, per vero maggioritaria. La Corte è stata investita della questione di diritto riguardante la necessità o meno che l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo debba essere congruamente motivato sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata quando il provvedimento sanzionatorio intervenga ad una distanza temporale straordinariamente lunga dalla commissione dell'abuso nei casi-limite in cui il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi del provvedimento sanzionatorio. La Corte ribadisce l'assunto argomentativo chiave della tesi cui aderisce: “nel caso di tardiva adozione del provvedimento di demolizione, la mera inerzia da parte dell'amministrazione nell'esercizio di un potere/dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico, non è idonea a far divenire legittimo ciò che – l'edificazione *sine titulo* – è sin dall'origine illegittimo”. Non è, dunque, ipotizzabile una posizione di affidamento legittimo in capo al proprietario dell'abuso. Si è, in proposito, osservato che diversamente opinando, risulterebbero ampliate *contra legem* le modalità di sanatoria dell'illecito edilizio che, invece, sono oggetto di predeterminazione legale^{lxxxvii}.

La pronuncia in esame valorizza, come dato posto a premessa dell'esegesi svolta, la divergenza sostanziale che intercorre tra l'esercizio del potere sanzionatorio e l'intervento in autotutela cui segue l'annullamento di un atto amministrativo illegittimo^{lxxxviii}: in quest'ultimo caso, infatti, il potere dell'amministrazione di annullare in via di autotutela un atto amministrativo illegittimo incontra il limite generale nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza sempreché sia verificato il carattere legittimo ed incolpevole dell'affidamento meritevole di tutela^{lxxxix}. Ribadendo il principio secondo cui il decorso del tempo non incide sulla doverosità^{xc} degli atti volti a perseguire l'illecito attraverso l'adozione della misura sanzionatoria^{xci}, e trattandosi di attività vincolata, il Consiglio di Stato statuisce che

l'ordinanza di demolizione anche se adottata tardivamente, non necessita di una specifica motivazione sulla prevalenza dell'interesse pubblico al ripristino dello *status quo ante* né di una comparazione con l'interesse del privato coinvolto^{xcii}.

La funzione riparatoria dell'atto, che si muove in sinergia con la doverosità del potere sanzionatorio, rende, di fatto ininfluenza la mancata coincidenza tra autore dell'abuso e destinatario del provvedimento in quanto inerente allo stato soggettivo dell'avente causa e dunque non incide sulle doverose^{xciii} conseguenze connesse alla commissione dell'abuso^{xciv}. Le conclusioni prospettate dalla Plenaria consentono di estrapolare il criterio attraverso cui la giurisprudenza ha risolto la questione in ordine alla perimetrazione di quelle situazioni qualificate idonee a generare una posizione meritevole di tutela: l'affidamento del privato, infatti, pare rilevarsi limitatamente alle situazioni in cui esista un provvedimento amministrativo favorevole e solo in caso di potere discrezionale.

La sentenza in esame ha prestato il fianco a numerose obiezioni che contestano da un lato le conclusioni inerenti alla parte motiva del provvedimento e dall'altro la negazione *in toto* di una posizione di legittimo affidamento del privato. In primo luogo, appare poco condivisibile il generalizzato affievolimento dell'onere motivazionale, limitata, finanche nei casi-limite oggetto di esame, ad una mera constatazione del carattere abusivo dell'opera. Da un lato, la tesi sostenuta in sentenza, nell'affermare la doverosità dell'attivazione dei poteri sanzionatori, può ritenersi coerente con la natura dommatica dell'abuso edilizio *latu sensu* inteso quale illecito permanente e con la *ratio* del sistema sanzionatorio edilizio: la circostanza la condotta non si esaurisca determina una situazione perdurante di anti-giuridicità che sorregge il poterdovere dell'amministrazione di intervenire alla sua rimozione^{xcv}. D'altro canto, quantomeno in relazione alle ipotesi marginali in cui il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi del provvedimento sanzionatorio, sarebbe stata più opportuna una differente modulazione dell'onere motivazionale^{xcvi}, anche in considerazione della sua insopprimibile portata garantistica^{xcvii}.

In secondo luogo, come osservato in dottrina^{xcviii}, per verificare la sussistenza di un incolpevole affidamento del privato, dovrebbe essere sottoposta a vaglio sia la condotta della pubblica amministrazione, che deve essersi estrinsecata in comportamenti incompatibili con la volontà di esercitare il potere sanzionatorio^{xcix}, sia del privato: deve accertarsi, cioè, se il destinatario del provvedimento sia responsabile dell'abuso e se abbia operato con finalità elusive. In caso di esito positivo, secondo tale dottrina, è inopinabile l'esistenza di incolpevole affidamento. Evidentemente, la constatazione di una siffatta posizione meritevole di tutela – che giammai potrebbe incidere sull'*an* del potere sanzionatorio – richiederebbe una enfaticizzazione degli obblighi motivazionali tale da rendere espliciti i motivi e gli interessi pubblici per cui l'amministrazione decida di attivarsi a distanza di un lungo lasso temporale a detrimento degli interessi privati^c. Alla medesima conclusione – quella, ossia, della necessità di una motivazione puntuale nell'ordine di demolizione nei cd. casi limite – è giunta parte della giurisprudenza amministrativa seppure in base ad un diverso iter logico-argomentativo rispetto a quello poc'anzi tracciato. Un maggiore impegno esplicativo non rinverrebbe la sua ragione giustificativa dalla ritenuta esistenza di una posizione di legittimo affidamento

piuttosto costituirebbe naturale conseguenza del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa^{ci}. Tale soluzione, tuttavia, deve inevitabilmente fare i conti con i dubbi circa la compatibilità tra il principio di proporzionalità e gli atti di natura vincolata, questione su cui hanno interloquito numerose voci e rispetto a cui non si profila in dottrina una visione univoca. Su tale questione si colgono ulteriori spunti di riflessione da alcune soluzioni prospettate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo su cui si tornerà nei paragrafi che seguono.

Non è sfuggito all'occhio critico della dottrina, infine, che, in maniera poco condivisibile, la sentenza in esame ha ommesso di citare un proprio precedente attestato su una diversa tesi^{cii}: sarebbe stato coerente con le funzioni ed il valore delle sentenze emesse dall'Alto Consesso un maggiore impegno nel chiarire le ragioni del superamento di un orientamento giurisprudenziale condensato in una sentenza, pur risalente, della stessa Plenaria^{ciii}.

È proprio alla luce di tali considerazioni che sarebbe più opportuno qualificare la posizione meritevole di tutela vantata dal privato come affidamento in buona fede, terminologia, peraltro, di non infrequente utilizzo in giurisprudenza, posto che, come emerge dalle ricostruzioni svolte, l'obbligo motivazionale è modulato in sinergia con una condizione strettamente legata al singolo proprietario in relazione al bene oggetto del provvedimento^{civ}. Ciò in quanto “gli ordini di demolizione di costruzioni abusive, avendo carattere reale, prescindono dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante dell'immobile, applicandosi anche a carico di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento dell'irrogazione in un rapporto con la *res* tale da assicurare la restaurazione dell'ordine giuridico violato”^{cv}.

Suscita qualche perplessità il richiamo all'art. 17, comma 4-*bis*, d.P.R. 380/2001 invocato dalla Corte, in una prospettiva sistematica, a sostegno dell'esegesi svolta, rischio che può suggerire talune osservazioni. In particolare, nel terzo periodo della disposizione sopra citata si legge che “la mancata o tardiva emanazione del provvedimento sanzionatorio, fatte salve le responsabilità penali, costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente”. Ebbene la Corte conclude che se le conseguenze della tardività del provvedimento sono per legge circoscritte alla sola dimensione della responsabilità, giammai potrebbero incidere sull'*an* del potere sanzionatorio^{cv}. La contestazione oggetto della vertenza piuttosto che attenere all'esistenza di radice del potere sanzionatorio – che, alla luce delle considerazioni svolte, può ritenersi acclarata – riguardava, piuttosto, i termini sostanziali degli interessi oggetto di bilanciamento sotteso all'emanazione del provvedimento nonché il rispetto delle garanzie tipiche che avrebbero consentito al privato una effettiva interlocuzione con la pubblica amministrazione segnatamente con riguardo all'apparato motivazionale nonché la comunicazione di avvio al procedimento. Esplicativo è, a riguardo, il ricorso in appello di cui sono esposti i punti fondamentali in esordio alla sentenza. Innanzitutto, la tesi prospettata dai ricorrenti sostiene che la qualificazione dell'ordine di demolizione come atto vincolato non esime l'amministrazione a comunicare l'avvio del provvedimento con lo scopo di garantire che il destinatario sia posto nelle condizioni di

interloquire con l'amministrazione in ordine alla sussistenza dei presupposti per la sua adozione^{cvii}. Tale prospettazione non può ritenersi condivisibile e consente una riflessione sul rapporto tra provvedimenti vincolati e istituti partecipativi. Sebbene dottrina e giurisprudenza non siano unanimi sul punto^{cviii}, è stato ribadito dalla giurisprudenza che l'attività amministrativa vincolata, proprio in quanto rigidamente regolata dalla legge, non richiede l'adempimento dell'obbligo comunicativo da parte della pubblica amministrazione. Specificamente con riguardo all'ordine di demolizione, oltretutto, giurisprudenza recente ha ribadito con forza tale assunto proprio sul presupposto che l'ordine di demolizione è una "misura sanzionatoria per l'accertamento dell'inosservanza di disposizioni urbanistiche, secondo un procedimento di natura vincolata tipizzato dal legislatore e rigidamente disciplinato, che si collega ad un preciso presupposto di fatto, cioè l'abuso".^{cxix} Tuttavia, con riguardo alla generale categoria dei provvedimenti vincolati, è opportuno menzionare un recente arresto della giurisprudenza del Consiglio di Stato^{cx} che, attestatosi sulla tesi opposta, ha dichiarato illegittimo un atto vincolato non preceduto dalla comunicazione di cui all'art. 7 della l. 241/1990 nel caso in cui "dal giudizio emerga che l'omessa comunicazione del procedimento avrebbe consentito al privato di dedurre le proprie argomentazioni, idonee a determinare l'emaneazione di un provvedimento con contenuto diverso". Emerge, dunque, una posizione dai tratti certamente non assolutamente assertivi, anche in considerazione della particolare complessità del caso di specie, che, in ogni caso, sembra far trasparire l'intento di garantire un adeguato bilanciamento tra la *ratio* sottesa all'istituto partecipativo in esame e i principi che reggono l'azione della pubblica amministrazione così come delineati dall'art. 1 della l. 241/1990^{cxii}.

Gli orizzonti giurisprudenziali hanno, in alcune occasioni, mostrato una tendenza a contemperare l'ambivalenza funzionale della partecipazione del privato al procedimento orientato a garantire, *in primis*, una maggiore tutela delle posizioni del privato coerentemente con i principi della collaborazione e della correttezza che animano il procedimento amministrativo e che mirano a porre il cittadino nella condizione di esplicitare le proprie posizioni. Come anticipato, infatti, le garanzie procedurali rappresentano un'ineludibile componente della struttura del procedimento ed hanno una doppia faccia: una funzione difensiva, a presidio delle posizioni soggettive incise dal provvedimento amministrativo ed una funzione di tipo cognitivo – che vede in tal caso la pubblica Amministrazione come destinatario – che mira, a prescindere dalla natura del potere, ad una più esaustiva ricostruzione delle circostanze fattuali. Soltanto un'interlocuzione effettiva, che si realizza tramite l'applicazione razionale delle garanzie procedurali, è idonea al soddisfacimento di tali obiettivi.

4. Abuso di necessità e diritto all'abitazione: le soluzioni giurisprudenziali nel diritto interno e sovranazionale

La disamina delle dinamiche sottese alla ponderazione di interessi contrapposti assume sfaccettature assai più delicate laddove l'interesse privato si atteggi in termini non già di mera

posizione giuridica meritevole di tutela piuttosto come un diritto ascrivibile all'alveo della tutela costituzionale^{cxii}.

Il diritto al domicilio rientra nell'orbita dei valori potenzialmente sacrificabili ove l'ordine di demolizione abbia ad oggetto una casa abitata.

Il tema ha conosciuto, oltretutto, vicende applicative ben più estese, esulanti dall'area del solo diritto nazionale proprio in considerazione della pregnanza del bene giuridico rientrante nei termini del bilanciamento.

Giova procedere preliminarmente all'analisi degli esiti della giurisprudenza sovranazionale che, segnatamente, attengono a un noto caso decisi dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella sentenza *Ivanova and Cherkezov c. Bulgaria*. Trattasi di una sentenza di condanna pronunciata contro il Governo bulgaro per la violazione dell'art. 8 CEDU, rubricato diritto al rispetto della vita privata e familiare ed esteso anche al diritto al domicilio^{cxiii}.

A dispetto degli esiti, la sentenza chiarisce profili fondamentali che si inseriscono nel complesso tema del bilanciamento degli interessi pubblici e privati. La Corte, infatti, nell'esaminare i profili di merito, innanzitutto conclude per la piena legittimità dell'ordine di demolizione sia sotto il profilo delle garanzie processuali che dello scopo, descritto con diversi sintagmi (*re-establish the rule of law, prevention of disorder and promoting the economic well-being of the country*)^{cxiv} ed in sostanza volto a ristabilire l'ordine urbanistico violato.

Una volta ravvisata la piena legalità formale dell'ordine di demolizione, la Corte si avvale del parametro esegetico così come delineato dall'art. 8 della CEDU: la necessità della demolizione in una società democratica. (*The salient issue is whether the demolition would be "necessary in a democratic society"*). La Corte qualifica la perdita della propria abitazione come la forma più estrema di interferenza con il diritto di abitazione, motivo per il quale, ciascun individuo sottoposto a tale rischio – a prescindere dalla appartenenza alla categoria dei soggetti vulnerabili – dovrebbe, in linea di principio, essere in grado di invocare il principio di proporzionalità nell'applicazione di misure ablatorie. In particolare, la Corte passa in rassegna taluni fattori che è necessario considerare e adeguatamente ponderare in caso di applicazione di un provvedimento di tale ingerenza fornendo indicazioni specifiche proprio sui termini del bilanciamento degli interessi confliggenti^{cxv}. In tale prospettiva, è onere della pubblica amministrazione procedere ad una puntuale disamina di questi dati e renderne conto nella motivazione.

In sostanza, il pubblico interesse rappresentato dal ripristino della legalità urbanistica non può, in via assoluta, ritenersi preminente rispetto al diritto di abitazione: tale conclusione richiede una valutazione caso per caso. Né tale considerazione può essere smentita dalla mera contingenza del carattere diffuso e pervasivo degli abusi edilizi alla base del rigore delle misure repressive.

Il punto cardine della sentenza in esame è legato alla contestazione secondo cui il giudice amministrativo bulgaro abbia omesso di considerare la situazione individuale inerente alle

persone destinatarie del provvedimento. Ciò in quanto la soluzione appropriata rispetto al bilanciamento di interessi in gioco è risolta a livello di legislazione interna che la individua sempre e in via di principio nella repressione degli illeciti edilizi. La valutazione, prima dell'amministrazione poi del giudice amministrativo, è stata svolta, ossia, pretermettendo qualsivoglia riferimento alla proporzionalità^{cxvi} tra la misura sanzionatoria e il diritto all'abitazione. Tale omissione, invero, ha riguardato non solo a monte il procedimento amministrativo ma anche la successiva fase giurisdizionale laddove i ricorrenti non sono stati posti nelle condizioni di far valere tale posizione. La Corte ribadisce, dunque, che le misure che incidono sui diritti individuali devono necessariamente rappresentare esito di un giusto bilanciamento (*fair balance*^{cxvii}) tra l'interesse generale della comunità e i diritti medesimi. Ciò implica che la misura deve essere al contempo proporzionale e non sproporzionata al raggiungimento dello scopo per il quale è prevista.

In ogni caso la giurisprudenza della Corte EDU successiva ha analiticamente puntualizzato il significato da attribuire al principio di proporzionalità negando che le condizioni personali del destinatario dell'ordine di demolizione possano avere un peso dirimente nel bilanciamento di interessi, specie nei casi nei quali l'autore della violazione abbia consapevolmente realizzato un'opera abusiva in un'area protetta in assenza del titolo edificatorio necessario^{cxviii}: diversamente opinando si sarebbe svilita la ratio di tutela dei diritti ambientali della comunità così come la funzione repressiva della misura in parola. Emerge, in definitiva, la necessità di una verifica che tenga luogo delle eterogenee circostanze emergenti nella singola fattispecie.

Il prorompente caso sopra esaminato ha ricevuto diversi seguiti nella giurisprudenza italiana^{cxix}: recentissima è la sentenza della Cassazione penale^{cx} che fa applicazione dei principi Ivanova. In tema di reati edilizi, la giurisprudenza di legittimità si era già affermata nel senso della inesistenza di un diritto assoluto alla inviolabilità di domicilio^{cxxi} desumibile dalle decisioni della Corte EDU posto che tale valore deve rientrare nei termini del contemperamento con esigenze di pari rango secondo i criteri della necessità, sufficienza e proporzionalità^{cxxii}. Il rispetto di tali principi passa necessariamente per la trama delle garanzie procedurali predisposte dall'ordinamento, serventi a garantirne l'effettività. Per tali ragioni il giudice nazionale, “nel dare attuazione all'ordine di demolizione di un immobile abusivo adibito ad abituale abitazione di una persona, è tenuto a rispettare il principio di proporzionalità così come elaborato dalla giurisprudenza convenzionale, considerando l'esigenza di garantire il rispetto della vita privata e familiare e del domicilio di cui all'art. 8 della CEDU, e valutando, nel contempo, la eventuale consapevolezza della violazione della legge da parte dell'interessato, per non incoraggiare azioni illegali in contrasto con la protezione dell'ambiente, nonché i tempi a disposizione, dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna, per conseguire, se possibile, la sanatoria dell'immobile ovvero per risolvere le proprie esigenze abitative”^{cxxiii}.

In definitiva, il perno dell'iter valutativo ruota attorno all'accertamento vari fattori tra cui assumono rilievo la condizione soggettiva e la consapevolezza dell'abuso del destinatario dell'ordine di demolizione così da poter soddisfare, da un lato, i primari bisogni abitativi e

dall'altro l'esigenza di scongiurare elusioni del sistema ordinamentale di repressione degli abusi edilizi. Quanto al primo aspetto, è essenziale la specificazione dell'interesse protetto con la demolizione che va adeguatamente ponderato con in diritto di cui all'art. 8 CEDU nel rispetto del principio di proporzionalità e alla luce dei criteri guida elaborati dalla giurisprudenza di legittimità più recente che, in tale prospettiva, ha avuto l'importante ruolo di perimetrare entro confini più certi il potere valutativo del giudice dell'esecuzione. Quanto al secondo aspetto, assume preliminare rilievo accertare la consapevolezza dell'agire illegalmente, il grado della colpa nonché la volontà di adoperarsi al fine di trovare una soluzione alle proprie esigenze abitative desumibile dai comportamenti successivi al provvedimento demolitorio. Tali circostanze vanno valutate congiuntamente alle effettive condizioni di salute e socioeconomiche dei destinatari dell'ordine laddove queste esplichino rilevanza sul giudizio di

verifica del rispetto del principio di proporzionalità. Rientrano, altresì, nei fattori da tenere in considerazione, il tempo sufficiente per garantire il rispetto del diritto all'abitazione – e dunque per legalizzare l'abuso ove giuridicamente possibile ovvero per trovare una soluzione alle esigenze abitative nonché il bisogno di evitare la compressione di altri diritti fondamentali quali diritto alla salute o diritto del minore di frequentare la scuola. Così facendo, la Corte di Cassazione ha delineato un quadro lineare in ordine alla natura del diritto di abitazione e le modalità entro le quali lo stesso va ponderato con gli interessi pubblici sottesi all'ordine di demolizione, confermando, peraltro, l'assoluta centralità della parte motiva del provvedimento quale imprescindibile canale di tutela da un lato della posizione del privato ma anche della difesa dell'interesse collettivo, che permea una società democratica, dell'ordine urbanistico ed edilizio e della promozione dell'interesse economico del paese.

A tali esiti è giunta giurisprudenza penale recente^{cxixiv}, che valorizza la funzione prima dell'ordine di demolizione, qual è la *restitutio in integrum* del menomato sistema edilizio che presenta una componente anche general-preventiva, tesa ossia a scoraggiare altri potenziali trasgressori. La corretta individuazione della *ratio legis* consente di delineare i termini del bilanciamento di beni costituzionalmente tutelati quali sono il diritto individuale al rispetto della vita privata e familiare e quello collettivo, oggetto di tutela della normativa sanzionatoria.

5. Considerazioni conclusive

Come si è cercato di dimostrare nel presente lavoro, l'esercizio dell'azione amministrativa risulta notevolmente inciso dalla necessità di contemperare il fine pubblico tutelato dalla norma attributiva del potere con gli interessi privati di diverso ordine e rango: tale condizionamento trova il suo punto di sintesi nella pluriarticolata operazione di bilanciamento di interessi confliggenti che, nella sua genetica complessità, ha impegnato a lungo dottrina e giurisprudenza.

A.M. Sandulli in suo contributo del 1958 evidenziava che “la materia dell’edilizia urbana rappresenta indubbiamente uno dei settori dove più intensamente interferiscono norme e regole di diritto pubblico e di diritto privato, potestà pubbliche e posizioni soggettive private, diritti soggettivi e interessi legittimi, e in conseguenza competenze giurisdizionali diverse. Si tratta di una materia ricca di zone di confine e di zone grigie. Essa rappresenta quindi un incomparabile banco di prova per qualsiasi operatore del diritto”^{cxv}.

A delineare con maggior grado di precisione i termini e le modalità di tale complessa operazione ha contribuito, invero, la giurisprudenza amministrativa e di legittimità, che ha fornito – anche recependo indicazioni del diritto sovranazionale – fondamentali coordinate ermeneutiche idonee a regolare i complessi profili di interrelazione tra gli obiettivi della comunità e gli interessi individuali. In tale contesto, il contributo di origine pretoria ha riguardato non solo la definizione – a monte – delle situazioni meritevoli di protezione ma anche delle modalità di interferenza con i pubblici poteri.

La elevata incidenza dell’opera esegetica di stampo giurisprudenziale è sintomatica della assenza o della non sufficiente chiarezza della legislazione vigente che, invece, nel prevedere ipotesi di compressione di diritti fondamentali, dovrebbe presentare margini più elevati di precisione e determinatezza tali da consentire la piena prevedibilità delle conseguenze delle condotte individuali: il principio della *foreseeability* – congiuntamente a quello dell’*accessibility* – sono stati elevati, alla luce degli sviluppi giurisprudenziali più recenti, a valori informativi del sistema sanzionatorio *latu sensu* inteso: è, dunque, fallace e fuorviante circoscrivere l’operatività di tali principi alla sola materia penale. Ciò, a maggior ragione, se oggetto del potenziale sacrificio sono diritti dotati di copertura costituzionale.

Come si è visto, l’analisi del bilanciamento di interessi è un profilo che inscindibilmente si connette allo studio del sistema di repressione degli abusi edilizi in ragione della sua fisiologica incidenza su posizioni meritevoli di tutela: ci si è soffermati, in particolare, sulla macroarea del legittimo affidamento e sul diritto di abitazione. Nonostante la evidente asimmetria contenutistica di tali ordini di interessi privati, ambedue, seppure scontino l’assenza di una copertura costituzionale diretta, sono stati ascritti all’alveo della tutela di rango gerarchicamente sovraordinato in quanto rappresentano entrambi precipitati applicativi di diritti fondamentali dell’individuo.

Alla luce delle considerazioni svolte, è possibile osservare come - a parere di chi scrive -, gli istituti sostanziali e i meccanismi procedurali predisposti dall’ordinamento edilizio ed urbanistico non sempre costituiscono tutela per i diritti individuali. Da un lato, infatti, l’attribuzione di una discrezionalità eccessivamente ampia all’amministrazione, non sufficientemente veicolata da chiari parametri legali, reca in sé il rischio di snaturare la finalità protettiva insita nella *ratio* degli istituti che scandiscono la dinamica procedimentale. D’altro canto, il principio di proporzionalità dell’azione amministrativa, ormai radicato nella giurisprudenza eurounitaria e sovranazionale, impone un’attenta analisi della proiezione finalistica e strumentale delle misure sanzionatorie che deve trovare un bilanciamento, in termini di adeguatezza ed opportunità, con i valori potenzialmente soccombenti così che

possa essere individuata una soluzione “comporti il minor sacrificio possibile”^{cxxvi}. L’effettività di tale principio, che si atteggia a vero e proprio parametro di correttezza dell’esercizio del potere discrezionale, può conseguire solo da un esercizio del potere imperniato attorno a logicità, razionalità e ragionevolezza sì da poter conferire concretezza alla collaborazione e alla buona fede a cui, per esplicita dizione legale, sono improntati i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione. L’incerta distribuzione delle competenze in materie strategiche come l’urbanistica e l’ambiente, la netta separazione tra competenze in materia urbanistica ed ambientale e tra pianificazione paesistica e territoriale, unite alla proliferazione di enti ed organismo tecnici hanno determinato la frammentazione delle responsabilità, moltiplicato i centri decisionali, gli enti e gli strumenti di pianificazione nonché le procedure, dando luogo a duplicazioni e sovrapposizioni di competenze e alimentando il contenzioso. Inoltre, l’arretratezza degli strumenti urbanistici, l’inefficienza amministrativa, la carenza di programmazione e di coordinamento tra le istituzioni unitamente alla carenza di risorse a destinare ad attività di contrasto del fenomeno dell’abusivismo edilizio, danno luogo alla percezione da parte del privato di un clima di impunità e di assenza di regole certe orientando una consistente quota di attività edilizia verso la realizzazione di immobili abusivi.

Il tema del controllo e della repressione dell’abusivismo edilizio è particolarmente delicato per aver assunto nel tempo una rilevanza sociale e politica tale da influenzare e vincolare l’intera disciplina urbanistica. Tuttavia, anche se non può essere che unanime una severa condanna del fenomeno trasgressivo, se esaminiamo da un punto di vista storico-legislativo i continui mutamenti normativi in campo urbanistico-edilizio, e le incertezze determinatesi, non si può osservare che vi sia stata una forma di concorso di colpa pubblico-privato nel riconoscere ai privati dei diritti, o quanto meno, delle aspettative di diritto, come la riproposizione ciclica di sanatorie applicate anche in contesti territoriali a rischio sismico e geologico, dove la cementificazione di terreni agricoli e la copertura del suolo incrementa la probabilità di frane e alluvioni.

Senza la percezione collettiva delle regole e la consapevolezza sociale degli oneri economici che derivano da uno sfruttamento illegale del territorio e delle gravissime conseguenze in termini di sicurezza del territorio, nessun governo e amministrazione pubblica potrà trovare una base di consenso e la quota di risorse necessarie per affrontare seriamente la questione del controllo del territorio e del contrasto di economie criminali che trovano gli spazi per il riciclaggio dei loro proventi^{cxxvii}. Come scrisse Salvatore Settis nel suo libro “Paesaggio. Costituzione. Cemento”, l’Italia ha un “paesaggio distrutto dalle leggi”^{cxxviii}. Ma per attuare un progetto di miglioramento della funzionalità sistemica del territorio è indispensabile una politica di lungo periodo che, preso atto dello stato dei territori, compia delle scelte anche coraggiose, prevedendo modalità di intervento e soluzioni diversificate in considerazione dei diversi contesti territoriali in cui si è sviluppato il fenomeno dell’abusivismo edilizio e consentendo di mitigare la tensione sociale.

Seguono gli *abstracts* in italiano e in inglese predisposti dall’Autrice.

La coesistenza di interessi pubblici e privati – tanto fisiologica quanto problematica – condiziona in radice l'esercizio del potere amministrativo, costituendone uno dei tratti peculiari e indefettibili. Il cangiante panorama normativo e l'incessante attenzione del legislatore sul tema ne rappresentano la principale conferma. In tale contesto, il sistema sanzionatorio degli abusi edilizi rappresenta una prospettiva privilegiata per l'esame dei profili di maggiore complessità caratterizzanti la ponderazione di interessi confliggenti. Lo studio di tale complesso normativo, che si presenta in termini fortemente eterolitici sotto un profilo sia dommatico che funzionale, richiede un approccio metodologico trasversale. Le situazioni meritevoli di tutela ascrivibili all'ampio genus di interesse privato assumono invero estrinsecazione multiforme e la relativa ricostruzione ha ingenerato questioni applicative complesse sia nel diritto interno che nel diritto sovranazionale. Il presente contributo si propone di realizzare una trattazione sistematica delle principali vicende giuridiche connesse al sistema degli abusi edilizi come paradigma della difficile convivenza di interessi in attrito costituente il perno attorno a cui ruota l'attività amministrativa.

The coexistence of public and private interests – as physiological as problematic – affects in its roots the exercise of administrative powers constituting one of the distinctive and impregnable features. The changing regulatory landscape and the incessant attention of the Legislator confirm this statement. In this context, the sanction system of building abuses, which is strongly heterolytic both from a dogmatic and functional prospective, requires a transversal methodological approach. The situation worthy of protection attributable to the wide genus of the private interests emerge in a multifaceted way and its theoretical elaboration prompted a series of questions regarding both dogma and application both in the Italian and supra-national law. The present contribution aims to realize a systematic discussion about the main juridic matters linked to the system of illegal buildings as a paradigm of the cohabitation opposing interests constituting the pivot around which the administrative power rotates.

ⁱ Sul maggior indice di abusivismo nelle regioni meridionali e nelle isole, M. CREMASCHI, *L'abusivismo meridionale: realtà e rappresentazione*, in *Meridiana*, 1990, 9, 127- 153. In alcune Regioni, come la Campania e Calabria alla data del 2007 l'indice di abusivismo arrivava al 64%.

Dopo i tre condoni edilizi degli anni 1985, 1994 e 2003, alla data del 2016, risultava un totale di oltre 15 milioni di pratiche, di cui 5 milioni ancora inevase, sul tema Cfr. Rapporto del Centro Studi Sogeea, presentato in Senato per il convegno *Trent'anni di condono edilizio in Italia, Criticità, prospettive e opportunità*, 22 aprile 2016, in www.centrostudisogeea.it/img_ricerche/Rapporto%20Condono%20Edilizio%20%20Aprile%202016.pdf.

ⁱⁱ M.A. SANDULLI, *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *Federalismi.it*, 2019; ID., *Edilizia* (voce), in questa *Rivista*, 2022, 3, 171.

ⁱⁱⁱ M. BRESCIANO - A. PADALINO MORICHINI, *I reati urbanistici*, Milano, 2000; L. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2017.

^{iv} Secondo Cass., 28 febbraio 2007 n. 8407, tale bene giuridico può essere indifferentemente offeso da chiunque compia attività siffatte e non soltanto da determinati soggetti che si trovino in possesso delle particolari qualità soggettive indicate dall'art. 29 t.u.ed. Inoltre, la qualifica di parte offesa dei reati edilizi spetta unicamente al Comune, stante il “diritto soggettivo pubblico” facente capo all'ente territoriale al riconoscimento della propria posizione funzionale così come del diritto alla realizzazione e alla conservazione di un ordinato sviluppo di un predeterminato assetto urbanistico, che sono compromessi dagli illeciti urbanistici.

^v F. FRANCIOSI, *Illecito urbanistico o edilizio e cosa giudicata. Spunti per una ridefinizione della regola del rapporto tra processo penale ed amministrativo*, in questa *Rivista*, 2015, 4, 99.

^{vi} G. PAGLIARI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019.

^{vii} M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo Unico dell'Edilizia*, Milano, 2015.

^{viii} Sulla regolamentazione dell'attività edilizia per alcuni aspetti incidono anche le disposizioni introdotte dalla l. 7 agosto 2015 n. 124 (c.d. riforma Madia). Sul tema, N.M. D'ALESSANDRO, *DIA E SCLA: evoluzione storico – normativa alla luce delle modifiche apportate dalla l. n. 124/2015 (cd. Riforma Madia)*, in *La voce del diritto*, 2016. In tema di annullamento d'ufficio, o al nuovo art. 17-bis, recante il silenzio-assenso tra le pubbliche amministrazioni, si v. M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *Federalismi.it*, 2015, 17; G. MARI, *Autorizzazioni preliminari e titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia, la conferenza di servizi e il silenzio assenso di cui agli artt. 17-bis e 20 l. n. 241/1990*, in G. TRUPIANO, *Semplificazione e trasparenza amministrativa: esperienze italiane ed europee a confronto*, Milano, 2016; M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Milano, 2016; M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015.

^{ix} S. RICHTER, *La nozione di governo del territorio dopo la riforma dell'art. 117 Cost.*, in *Giust. civ.*, 2003, 4, 107.

^x Corte cost., n. 383/2005, nel delimitare la nozione di governo del territorio e l'oggetto della competenza legislativa concorrente ebbe a precisare che "l'ambito materiale cui ricondurre le competenze relative ad attività che presentano una diretta o indiretta rilevanza in termini di impatto territoriale, va ricercato non secondo il criterio dell'elemento materiale consistente nell'incidenza delle attività in questione sul territorio, bensì attraverso la valutazione dell'elemento funzionale, nel senso della individuazione degli interessi pubblici sottesi allo svolgimento di quelle attività, rispetto ai quali l'interesse riferibile al "governo del territorio" e le connesse competenze non possono assumere carattere di esclusività, dovendo armonizzarsi e coordinarsi con la disciplina posta a tutela di tali interessi differenziati". N. MACCABIANI, *La Corte "compono" e "riparte" la competenza relativa al "governo del territorio"*, in questa *Rivista*, 2005, 2, 211 e ss.; M. LUCIANI, *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di urbanistica ed edilizia*, *ivi*, 2009, 15 e ss.; G. SORICELLI, *Il "Governo del territorio": nuovi spunti per una ricostruzione sistematica*, *ivi*, 2016, 6, 683. Tale rapporto Stato-Regione, evidenzia che la disciplina dell'uso del territorio coinvolge una molteplicità di interessi pubblici, di rilevanza statale e regionale, nonché privati, ponendo non solo il problema del bilanciamento dei diversi interessi ma soprattutto quello di assicurare una unitarietà della normativa a livello nazionale e l'esigenza di differenziazione a livello regionale secondo le specifiche diversità territoriali, in modo da evitare sperequazioni nella pianificazione e gestione delle trasformazioni del territorio.

^{xi} Si parla, in tal senso, di responsabilità di posizione legislativamente prevista che non è idonea, in ogni caso, a qualificare i reati in materia edilizia come reati propri: il bene giuridicamente tutelato, infatti, è la conservazione dell'ordine edilizio e può essere indifferentemente offeso da chiunque commetta condotte tese a menomare gli usi pubblici e sociali del territorio. Così App. Cagliari, Sez. II, 18 giugno 2012.

^{xii} Secondo l'art. 29, comma 1, d.P.R. n. 380/2001: "Il titolare del permesso di costruire, il committente e il costruttore sono responsabili, ai fini e per gli effetti delle norme contenute nel presente capo, della conformità delle opere alla normativa urbanistica, alle previsioni di piano nonché, unitamente al direttore dei lavori, a quelle del permesso e alle modalità esecutive stabilite dal medesimo. Essi sono, altresì, tenuti al pagamento delle sanzioni pecuniarie e solidalmente alle spese per l'esecuzione in danno, in caso di demolizione delle opere abusivamente realizzate, salvo che dimostrino di non essere responsabili dell'abuso".

^{xiii} Sulla evoluzione normativa della natura vincolata e obbligatoria del potere repressivo della p.a. in materia urbanistico-edilizia si veda, P. TANDA, *L'Adunanza Plenaria n. 9/2017 si pronuncia sul ruolo del fattore tempo nell'esercizio del potere repressivo della p.a. in materia urbanistico edilizia*, in *Federalismi.it*, 2018, 2 e ss.; M.T. PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, *Principio di obbligatorietà*, in AA.VV., *Sanzioni amministrative in materia edilizia*, Milano, 2014, 3 e ss.; Cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2020 n.183 e Id., 18 maggio 2020 n. 3120: "Nel caso della vigilanza edilizia l'obbligo di provvedere emerge ormai pacificamente sia nella richiamata giurisprudenza sia dal tenore della disciplina edilizia avente natura ed effetti di normativa di principio (cfr. art. 27 d.P.R. n. 380 del 2001)".

^{xiv} T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 30 gennaio 2018 n. 664: "L'art. 27, comma 2 del D.P.R. n. 380 del 2001 (...) riconosce, infatti, all'amministrazione comunale un generale potere di vigilanza e controllo su tutta l'attività urbanistica ed edilizia, imponendo l'adozione di provvedimenti di demolizione in presenza di opere realizzate in zone vincolate in assenza dei relativi titoli abilitativi, al fine di ripristinare la legalità violata dall'intervento edilizio non autorizzato. E ciò mediante l'esercizio di un potere-dovere del tutto privo di margini di discrezionalità in quanto rivolto solo a reprimere gli abusi accertati, da esercitare anche in ipotesi di opere assentibili con DIA, prive di autorizzazione paesaggistica"; conf. Id., 8 gennaio 2016 n. 17.

^{xv} Così, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. II, 13 giugno 201 n. 3971; Id., Sez. IV, 19 marzo 201 n. 1717; Id., 29 novembre 201 n. 5595; Id., 12 ottobre 2016 n. 4204; Id., 17 giugno 2015 n. 3051.

^{xvi} Per una rassegna delle modifiche legislative intervenute sul testo unico si veda A. SENATORE, *L'acquisizione gratuita degli abusi edilizi al patrimonio culturale: evoluzione normativa ed approdi giurisprudenziali*, in *Nuove Autonomie*, 2015, 383 e ss.

^{xvii} La norma disciplina due diverse ipotesi di lottizzazione abusiva: la lottizzazione abusiva cd. "materiale", allorché le opere realizzate comportano la trasformazione urbanistica ed edilizia dei terreni, sia in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, approvati o adottati, ovvero di quelle stabilite direttamente in leggi statali o regionali, sia in assenza della prescritta autorizzazione. Si ha invece lottizzazione abusiva "formale" o "cartolare" quando, pur non essendo ancora avvenuta una trasformazione lottizzatoria di carattere materiale. se ne sono già realizzati i presupposti con il frazionamento e la vendita del terreno in lotti che, per specifiche caratteristiche, quali la dimensione, la natura del terreno, la destinazione urbanistica, l'ubicazione e la previsione di opere urbanistiche, o per altri elementi, evidenzino in modo non equivoco la

destinazione ad uso edificatorio. La giurisprudenza ha individuato un *tertium genus*, la cd. lottizzazione mista, ‘consistente nell’attività negoziale di frazionamento di un terreno in lotti e nella successiva edificazione dello stesso’ (Cass., 26 ottobre 2007 n. 6080; Id., 20 maggio 2015 n. 24985).

^{xviii} P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, V ed., Padova, 2018, 343 e ss.; M. LAFORGIA, *Tutela penale avverso gli atti dell’amministrazione. Legittimità amministrativa accertata dal giudice amministrativo e processo penale: i reati edilizi*, in *Riv. nel Diritto*, 2012, 35.

^{xix} **Il procedimento amministrativo e procedimento penale, anche se sono diretti a tutelare il medesimo bene giuridico, procedono su binari paralleli.** Cons. Stato, Sez. VI, 19 luglio 2021 n. 5403, ha ribadito che: il sindacato del giudice amministrativo attiene alla piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall’amministrazione, al fine di verificare l’esattezza materiale degli elementi di prova invocati dall’amministrazione, la loro affidabilità e la loro coerenza, e se essi sono idonei a corroborare le conclusioni che la stessa amministrazione ne ha tratto, non secondo il canone di valutazione dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”, proprio del giudizio penale avente direttamente ad oggetto le condotte e la responsabilità personale dell’imputato, ma di credibilità razionale della decisione amministrativa alla luce degli elementi posti dall’amministrazione a giustificazione della stessa, essendo poi onere del ricorrente, tramite il ricorso, quello di contestare la veridicità dei fatti, o di rappresentare circostanze atte ad incrinare la credibilità del processo intellettuale sottostante la decisione dell’amministrazione. Cfr. anche *Cass. pen., Sez. III, 24 giugno 2022 n. 24407*.

^{xx} In caso di inerzia comunale dovrà intervenire, con gli stessi poteri previsti dall’art. 31, comma 8, il competente organo regionale che, dandone contestuale comunicazione alla autorità giudiziaria ai fini dell’esercizio dell’azione penale, provvederà ad adottare i provvedimenti eventualmente necessari a rendere effettiva la attività repressiva e ripristinatoria rimasta incompiuta.

^{xxi} Cons. Stato, Sez. VI, 23 marzo 2018 n. 1878; Id., 23 marzo 2018 n. 1878; Id., 19 luglio 2021 n. 5384; Id., Sez. II, 17 maggio 2019 n. 3196; Id., 24 giugno 2019 n. 4320; Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, 8 febbraio 2021 n. 93;

^{xxii} Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2012 n.1374, *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{xxiii} Cons. Stato, Sez. IV, 7 giugno 2012 n. 3381; Id., 19 giugno 2014 n. 3115; nonché *Cass. pen., Sez. III, 3 dicembre 2013 n. 51710*.

^{xxiv} Sulle differenze fra sindacato del Giudice amministrativo e quello del Giudice penale, cfr. **Cons. Stato, Sez. VI, 19 luglio 2021 n. 5403**, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{xxv} Cons. Stato, Sez. VI, 28 luglio 2017 n. 3788, in *www.diritto.it*. In senso conforme, Corte EDU, Sez. II, 20 gennaio 2009, ricorso n. 75909/01, *Sud Fondi c. Italia*. La Corte EDU ha affermato che per disporre la confisca urbanistica – così come ogni confisca e sanzione “intrinsecamente punitiva” – è indispensabile la formulazione di un **giudizio di colpevolezza**, ovvero la necessità di un’imputazione soggettiva (dolosa o colposa) del fatto. Ma successivamente, la Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, 1392, va oltre affermando che se la confisca è una pena, allora la sua applicazione presupporrà necessariamente una formale dichiarazione di responsabilità a carico del suo autore, e dunque una sua condanna, non potendo trovare applicazione la confisca urbanistica mediante una sentenza che dichiari estinto il reato per prescrizione. Da qui il ricorso alla Corte cost., pronunciatisi con la sentenza 26 marzo 2015 n. 49, la quale tuttavia lascia ampi dubbi interpretativi attribuendo al giudice nazionale un compito particolarmente difficile in fase di applicazione delle decisioni della Corte EDU dovendo distinguere se la fattispecie ricada in giurisprudenza consolidata (vincolante) o meno. Si v. da ultimo, Corte EDU, 28 giugno, *G.I.E.M. srl e altri c. Italia*.

^{xxvi} Si v. Cons. Stato, Sez. VI, 28 luglio 2017 n. 3788, cit.

^{xxvii} In tema di confisca urbanistica in assenza di condanna, Corte cost., 26 marzo 2015 n. 49, in *www.cortecostituzionale.it*. Se il reato di lottizzazione abusiva si prescrive prima dell’esercizio dell’azione penale, è escluso che l’autorità giudiziaria possa disporre legittimamente la confisca di cui all’art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380/2001.

^{xxviii} Corte cost. 8 luglio 2021 n. 146, in *www.cortecostituzionale.it*.

^{xxix} *Cass. pen., Sez. III, 11 maggio 2022 n. 18527*, in *www.ambienteditto.it*.

^{xxx} Va ricordato che con l’entrata in vigore della legge n. 47/198 non è più consentito all’ente comunale di poter autorizzare *ex post* la lottizzazione abusiva.

^{xxxi} Per un esame approfondito sull’evoluzione del sistema dei titoli abilitativi edilizi si veda, M.A. SANDULLI, *Controlli sull’attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *Federalismi.it*, 2019, 2 ss.

^{xxxii} Per una disamina della disciplina degli interventi soggetti a s.c.i.a si vedano dello stesso Autore, M.A. SANDULLI, *Edilizia e Urbanistica, Regimi normativi, titoli abilitativi e strumenti di tutela*, Torino, 2009; ID., *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, 2017, Milano, 215 ss.

^{xxxiii} In particolare, l'art. 31, comma 1, stabilisce che “sono interventi eseguiti in totale difformità del permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costruire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile”. L'art. 32 opportunamente definisce la nozione di essenzialità rilevante ai fini delle variazioni che integrano l'illecito. Sul concetto di tolleranza costruttiva nelle variazioni essenziali e sugli effetti del superamento del margine di tolleranza del 2%, previsto dall'art. 34-*bis* d.P.R. n. 380/2001, Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2021 n. 3666; Id., Sez. II, 28 agosto 2020 n. 5288, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{xxxiv} Sul concetto di parziale difformità, TAR Campania, Napoli, 26 febbraio 2009 n. 1103, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{xxxv} *Ibidem*.

^{xxxvi} Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2022 n. 5620, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{xxxvii} A. SENATORE, *L'acquisizione gratuita degli abusi edilizi al patrimonio culturale: evoluzione normativa ed approdi giurisprudenziali*, cit., 389: “L'estensione dell'oggetto dell'acquisizione gratuita, compiuta dal Legislatore è comprensibile e logica, se si considera la stretta connessione giuridica e materiale che esiste tra l'immobile e l'area sulla quale insiste. Il transito nella titolarità della p.a. comunale anche dell'area di sedime, da un lato, agevola la demolizione e il ripristino dello *status quo ante* dei luoghi, dall'altro, impedisce l'operatività di alcuni istituti come l'accessione (artt. 934 ss. c.c.), che potrebbero dar vita a rivendicazioni dell'immobile abusivo o al pagamento del relativo valore da parte del privato. L'acquisizione gratuita dell'area di sedime, dunque, non è un evento giuridico autonomo, ma collegato all'acquisizione dell'immobile abusivo, al fine di dargli la sua base superficiaria. Di conseguenza, l'area di sedime non può mai considerarsi di per sé abusiva, e pertanto non può mai essere acquisita in modo separato specie se l'immobile risulti demolito a seguito della relativa ingiunzione, in quanto ciò determinerebbe una sorta di espropriazione *sine titulo*, evidentemente non consentita dall'apparato sanzionatorio urbanistico ed edilizio”.

^{xxxviii} *Amplius* in F. CIPRIANI, *La fiscalizzazione dell'abuso edilizio: profili sostanziali e giurisprudenziali*, Salvis Juribus, 2022.

^{xxxix} Cons. Stato, Sez. VI, 22 ottobre 2015 n. 4843, in www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. II, n. 3156/2020, *ivi*.

^{xli} Cons. Stato, Sez. VI, 10 gennaio 2020, n. 254, in www.giustiziaamministrativa.it.

^{xlii} Cons. Stato, Sez. IV, n. 1912/2013, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2012 n. 6071, *ivi*; Id., 5 settembre 2011 n. 4982, *ivi*.

^{xliii} Cons. Stato, Sez. VI, 9 aprile 2013 n. 1912, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{xliiii} Cons. Stato, sentt. nn. 7637/2020, 561/2020, 6147/2019, 4939/2019, 3280/2019, 4169/2018, 6497/2018 e 5585/2017, tutte in www.giustizia-amministrativa.it; TAR. Lombardia, Milano, Sez. II, 6 aprile 2020 n. 59, *ivi*.

^{xliv} Per una disamina approfondita dell'istituto con riguardo alla genesi e alle vicende evolutive e alla relativa teorizzazione si veda A. SENATORE, *L'acquisizione gratuita degli abusi edilizi al patrimonio culturale: evoluzione normativa ed approdi giurisprudenziali*, cit., 384 e ss.

^{xlv} Da ultimo si v. Cass. pen., Sez. III, 6 luglio 2022 n. 32869. Cfr. anche Corte EDU, 20 gennaio 2009, ricorso n. 75909/01, *Sud Fondi srl ed altri c. Italia*.

^{xlvi} In ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 9 dicembre 2020 n. 5940: “La sanzione demolitoria degli abusi edilizi ha natura oggettiva e ripristinatoria; essa colpisce il bene abusivo, indipendentemente da chi abbia commesso l'abuso; da ciò consegue che l'attuale proprietario ne subisce gli effetti a prescindere dalla circostanza di essere l'autore materiale degli abusi stessi. Pertanto, ai fini della legittimazione passiva del soggetto destinatario dell'ordine di demolizione, il testo unico dell'edilizia, nell'individuare i soggetti destinatari delle misure repressive nel proprietario e nel responsabile dell'abuso, considera quale soggetto passivo della demolizione il soggetto che ha il potere di rimuovere concretamente l'abuso, potere che compete indubbiamente al proprietario, anche se non responsabile in via diretta (Cons. Stato, Sez. VI, 28 luglio 2017, n. 2789; Id., 26 luglio 2017, n. 3694; Tar Ancona, Sez. I, 18 luglio 2018, n. 512)”.

^{xlvii} Si veda, sul punto, TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 20 aprile 2005, n. 4336 in <https://lexambiente.it/en/materie/urbanistica/88-giurisprudenza-amministrativa-tar88/2047-urbanistica-ordinanza-demolizione2047.html>

^{xlviii} Sulla natura dell'ordine di ripristino si veda M.A. SANDULLI, *Edilizia* (voce), cit.

^{xlix} Cfr. A. SENATORE, *L'acquisizione gratuita degli abusi edilizi al patrimonio culturale: evoluzione normativa ed approdi giurisprudenziali*, cit., 387: “L'acquisizione gratuita ha per oggetto una condotta rappresentata dall'inerzia (anche parziale in caso appunto di parziale demolizione dell'abuso eseguito) rispetto al provvedimento di demolizione adottato dalla p.a. comunale. Nel caso del provvedimento di demolizione ad essere sanzionata è una condotta commissiva (edificazione di un'opera illegittima), mentre nel caso dell'acquisizione a titolo gratuito ad essere sanzionata è una condotta omissiva (mancata demolizione della stessa opera illegittima). L'autonomia della sanzione dell'acquisizione gratuita, come detto fondata su una condotta autonomamente rilevante, è dunque piena, con la conseguenza che la stessa acquisizione non può nemmeno essere qualificata come sanzione accessoria all'ordine di demolizione. È proprio questo aspetto a costituire l'elemento differenziale tra l'acquisizione gratuita e la sanzione penale della confisca del bene, allorquando quest'ultima è emessa come sanzione accessoria ad altra sanzione impartita dal giudice penale o come misura strumentale tesa ad avviare l'ulteriore esecuzione del reato oppure l'utilizzazione dei proventi del reato medesimo”; M.A. SANDULLI, *Edilizia* (voce), cit., 171 ss.: “Non si può

negare la natura afflittiva e non meramente sanzionatoria anche in forza dei cd. *Engel criteria* individuati dalla CEDU – della acquisizione gratuita al patrimonio comunale del bene e della relativa area di sedime, nonché di quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive (...)” proprio in ragione del fatto che “la sanzione è in realtà l’esito dell’inottemperanza” dell’ordine di “spontanea eliminazione degli effetti dell’illecito”. Conferma la natura amministrativa dell’ordine di demolizione Cass. pen., Sez. III, 3 marzo 2022 n. 7631.

^l Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 1° settembre 2021 n. 6190; Id., 10 dicembre 2021 n. 8240; Corte cost., 15 luglio 1991 n. 345; Id., 12 settembre 1995 n. 427, secondo la cui ricostruzione, l’acquisizione dell’opera abusiva al patrimonio comunale è stata configurata come sanzione distinta dalla demolizione che “rappresenta la reazione dell’ordinamento al duplice illecito posto in essere da chi, dapprima, esegue un’opera abusiva e, poi, non adempie all’obbligo di demolirla. L’operatività dell’ingiunzione a demolire non presuppone sempre la preventiva acquisizione dell’immobile al patrimonio comunale, perché l’ingiunzione è un provvedimento amministrativo di natura autoritativa, che, in quanto tale, è assistito [...] dal carattere della esecutorietà insito nel potere di autotutela.” Per tale ragione “appare evidente che, qualora non ricorrano i presupposti per l’acquisizione gratuita del bene, come nel caso in cui l’area sia di proprietà del terzo [estraneo all’illecito], la funzione ripristinatoria dell’interesse pubblico violato dall’abuso, sia pur ristretta alla sola possibilità della demolizione, rimane affidata al potere dovere degli organi comunali di darvi esecuzione d’ufficio.

^{li} *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2019 n. 4336: “In caso di inottemperanza all’ordine di demolizione di opere abusive, l’effetto traslativo della proprietà avviene *ipso iure* e costituisce l’effetto automatico della mancata ottemperanza; pertanto, il provvedimento di acquisizione presenta una natura meramente dichiarativa e non implica alcuna valutazione discrezionale”. Cfr. anche TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 16 aprile 2015 n. 2172, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{lii} M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione. Studi preliminari*, Napoli, 1981; ID., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Profili sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, M.A. SANDULLI, *Edilizia* (voce), cit., 171 ss., che approfondisce la questione con riguardo al problema di diritto transitorio posto dalla modifica del regime dei controlli e dei titoli abilitativi.

^{liii} Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2022 n. 5620, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{liv} *Ibidem*.

^{lv} Cfr. A. SENATORE, *L’acquisizione gratuita degli abusi edilizi al patrimonio culturale: evoluzione normativa ed approdi giurisprudenziali*, cit., 387 che osserva che si tratta di “una rimozione spontanea dalla quale deriva un connesso beneficio per l’interesse pubblico in termini di risparmio di misure attuative della riduzione in pristino dei luoghi. Perché se è vero che l’art. 41 del d.P.R. n. 380/2001 pone a carico del responsabile dell’abuso le spese necessarie alla rimozione materiale di quest’ultimo (c.d. esecuzione in danno), è altrettanto vero che la prassi concreta evidenzia una difficoltà nel recupero delle stesse spese, che spesso rimangono a carico dell’ente”.

^{lvi} Per un’analisi del tema si veda G. MARI, *L’acquisizione di diritto ex art. t.u. edilizia nei confronti dell’attuale proprietario del bene erede del responsabile dell’abuso*, in questa *Rivista*, 2015, 3, 419 ss.

^{lvii} Cfr. F. ARMENANTE, *Il regime pluriarticolato e disorganico delle sanzioni in materia di abusi edilizi*, in *Iura & Legal Systems*, 2018, 142 ss.: “Il legislatore statale ha dettato, innanzitutto, la regola secondo cui l’opera abusiva acquisita al patrimonio comunale deve essere demolita e ha consentito, in via d’eccezione, ai Comuni – con attribuzione della relativa competenza al consiglio comunale – di utilizzare, anziché demolire, l’opera abusiva quando ritengano sussistente l’interesse pubblico alla conservazione e la prevalenza di esso sul concorrente interesse, anch’esso pubblico, al ripristino della conformità del territorio alla normativa urbanistico-edilizia. L’interesse pubblico alla conservazione dell’opera può essere apprezzato – e ritenuto prevalente – sempre che non sussistano le situazioni preclusive costituite dal contrasto dell’opera “con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell’aspetto idrogeologico”.

^{lviii} Si segnala che, nelle aree sottoposte a vincolo paesaggistico, le strutture periferiche del Ministero per i Beni e le Attività Culturali devono emettere un parere sul mancato contrasto con i rilevanti interessi ambientali. Tale parere consente all’ente comunale di deliberare per la soluzione alternativa alla demolizione per prevalente interesse pubblico. In tal senso si veda il parere fornito dall’Ufficio legislativo del Ministero con nota prot. n. 11428 dell’11 giugno 2010.

^{lix} Quanto alle modalità di esercizio del potere si veda Cass. pen., Sez. III, 29 dicembre 2017 n. 57942, che afferma che la delibera comunale che dichiara l’esistenza di un interesse pubblico prevalente sul ripristino dell’assetto urbanistico violato, sottraendo l’opera abusiva al suo normale destino di demolizione previsto per legge, non può fondarsi su valutazioni di carattere generale o riguardanti genericamente più edifici, ma deve dare conto delle specifiche esigenze che giustificano la scelta di conservazione del singolo manufatto, precisamente individuato.

^{lx} Cons. Stato, Sez. VI, 13 aprile 2017 n. 1770.

^{lxi} *Ibidem*.

^{lxii} Sulla natura eccezionale della conservazione disposta dal comune ex art. 31, comma 5, si v. Corte cost., 5 luglio 2018 n. 140, che ha dichiarato illegittima la norma di legislazione regionale campana che aveva consentito ai comuni, sulla base di Linee guida regionali, di regolamentare ed attuare misure alternative alla demolizione degli immobili acquisiti al proprio patrimonio prevedendo, tra l’altro, anche la possibilità di alienarli o cederli in locazione. A tal proposito la Corte ha precisato, innanzitutto, che la demolizione degli immobili abusivi acquisiti al patrimonio comunale costituisce “principio fondamentale della materia del governo del territorio”. Per tale ragione tale materia richiede regolamentazione uniforme su tutto il

territorio nazionale: le ipotesi derogatorie e le relative modalità di attuazione, pertanto, devono essere stabilite per legge. Una diversa disciplina regolata da legge regionale contrasta con l'art. 117, comma 3, Cost. Sul tema della possibilità per i Comuni di deliberare l'acquisizione al patrimonio di immobili abusivi da adibire ad esigenze di *housing* sociale si veda M. GALDI, *Incostituzionalità della previsione di Linee guida regionali in tema di acquisizione al patrimonio comunale di immobili abusivi e limiti delle leggi provvedimento. Un commento a prima lettura di C. Cost., 5 luglio 2018, n. 140*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 3, 8 ss.

^{lxiii} Cons. Stato, Sez VI, 13 aprile 2017 n. 1770: “Nella specie, l'ente locale ha trovato il “prevalente interesse pubblico” nella soluzione di incapsulare in parte del piano terra dell'edificio non legittimo (per il resto costituito, per quanto consta, da un condominio a tutti gli effetti) uffici pubblici, destinati per loro natura alla fruizione collettiva. Per certi versi intuibilmente, con tale soluzione l'ente locale ha anche risolto un problema non secondario, di cui non s'è fatto carico il contenzioso progressivo: dove ricollocare i privati proprietari delle unità immobiliari sovrastanti al piano terra. Non avendo il precedente contenzioso affrontato la questione di una eventuale demolizione parziale dell'edificio non legittimo, forse possibile (ma la questione non è in alcun modo possibile che venga qui affrontata, ora, dati anche gli accadimenti processuali nel frattempo verificatisi), sta di fatto che i titoli giudiziari susseguitsi (anche per come, evidentemente, le avverse difese si sono via via articolate) avrebbero condotto alla necessità di una demolizione complessiva dello stabile, anche nelle parti già compravendute fra privati e divenute abitazioni. Se questo – sul piano, tuttavia, della mera ipotesi – può dare una spiegazione alla circostanza che il privato edificatore, pur ingiunto a demolire, non l'abbia fatto, lo stesso, per altro verso, può indurre a ritrovare una giustificazione remota al fatto che neanche l'ente locale si sia sobbarcato il tema della sorte dei condomini che sarebbero rimasti privi della loro abitazione. Grazie alla norma anzidetta e alla soluzione concreta individuata dal Comune, un punto d'equilibrio, nel bilanciamento di sopravvenute emergenze, è stato pur sempre trovato”.

^{lxiv} Cfr. Cons. Stato, Sez VI, 18 maggio 2020 n. 3120: “La norma consente, in alternativa alla soluzione finale della demolizione dell'edificazione abusiva, che quest'ultima resti pur sempre *in situ*, ponendo, affinché effettivamente si determini il vantaggio per l'intera collettività, requisiti destinati a fungere da presupposto dell'evento – sussistenza di prevalenti interessi pubblici; mancanza di contrasto dell'edificazione con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico – dei quali è arbitro l'ente locale e dei quali il controinteressato può dimostrare l'insussistenza”. Cfr. anche Cons. Stato, Sez VI, 13 aprile 2017 n. 1770, cit.

^{lxv} E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

^{lxvi} Per una più approfondita disamina in ordine al dibattito sulla collocazione tassonomica del principio in questione, si veda A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il Mulino Rivisteweb*, 2018.

^{lxvii} Corte cost., 4 novembre 2017 n. 149.

^{lxviii} In questi termini Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3811.

^{lxix} Per un'analisi dei principi del procedimento amministrativo si v. M.A. SANDULLI, *Il codice dell'azione amministrativa: il valore dei principi e l'evoluzione delle sue regole*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, cit., 3 ss.

^{lxx} Cass., 25 febbraio 2015 (ord.).

^{lxxi} Trattasi del decreto-legge concernente le Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anticrisi il quadro strategico nazionale.

^{lxxii} Corte cost., 4 novembre 2017 n. 149 nella quale si legge: “Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, “il valore del legittimo affidamento, il quale trova copertura costituzionale nell'art. 3 Cost., non esclude che il Legislatore possa assumere disposizioni che modifichino in senso sfavorevole agli interessati la disciplina di rapporti giuridici “anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti”, ma esige che ciò avvenga alla condizione “che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica (sentenze n. 56 del 2015, n. 302 del 2010, n. 236 e n. 206 del 2009). Solo in presenza di posizioni giuridiche non adeguatamente consolidate, dunque, ovvero in seguito alla sopravvenienza di interessi pubblici che esigano interventi normativi diretti a incidere peggiorativamente su di esse, ma sempre nei limiti della proporzionalità dell'incisione rispetto agli obiettivi di interesse pubblico perseguiti, è consentito alla legge di intervenire in senso sfavorevole su assetti regolatori precedentemente definiti (*ex plurimis*, sentenza n. 56 del 2015)” (sentenza n. 216 del 2015; si vedano anche, tra le tante, le sentenze n. 160 e n. 103 del 2013, n. 416 del 1999). L'intervento retroattivo del legislatore, dunque, può incidere sull'affidamento dei cittadini a condizione che: 1) trovi giustificazione in “principi, diritti e beni di rilievo costituzionale” (*ex multis*, sentenza n. 308 del 2013), e dunque abbia una “causa normativa adeguata” (sentenze n. 203 del 2016, n. 34 del 2015 e n. 92 del 2013), quale un interesse pubblico sopravvenuto (sentenze n. 16 del 2017, n. 216 e n. 56 del 2015) o una “inderogabile esigenza” (sentenza n. 349 del 1985); 2) sia comunque rispettoso del principio di ragionevolezza (fra le tante, sentenza n. 16 del 2017) inteso, anche, come proporzionalità (sentenze n. 203 e n. 108 del 2016; n. 216 e n. 56 del 2015).

^{lxxiii} M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, Concetto e problemi*, Milano, 1939, 78.

^{lxxiv} A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 131, osserva come “la sintesi è ricercata non sul piano sostanziale ma sul piano procedimentale: l'affidamento si risolve in un argomento da ponderare nel procedimento e in null'altro”.

^{lxxv} S. CIVITARESE MATTEUCCI - P. URBANI, *Diritto urbanistico*, Torino, 2020.

^{lxxvi} Mentre in presenza di determinati presupposti individuati dalla norma, l'amministrazione è sostanzialmente vincolata nell'esercizio dei poteri e, non ha altra scelta che adottare un determinata misura, in altri casi, l'attività amministrativa è attività discrezionale, potendo la pubblica amministrazione attraverso una prudente ponderazione di tutti gli interessi in gioco adottare la scelta migliore per la realizzazione dell'interesse pubblico, tra quelle astrattamente consentite dalla norma di legge.

^{lxxvii} Cons. Stato, Ad. plen., n. 9/2017 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, in quanto trattandosi di atto di natura vincolata non è richiesta alcuna specifica motivazione circa la sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'irrogazione della sanzione. Secondo i Giudici di Palazzo Spada "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 rave fenomeno dell'abusivismo edilizio, ovvero di legittimare in qualche misura l'edificazione avvenuta senza titolo, non emergendo oltretutto alcuna possibile giustificazione normativa o *praeter legem*".

^{lxxviii} Per un esame sulla evoluzione dommatica, normativa e giurisprudenziale, in tema di qualificazione dell'attività sanzionatoria della pubblica amministrazione con riguardo agli illeciti edilizi si veda P. TANDA, *L'Adunanza Plenaria n. 9/2017 si pronuncia sul ruolo del fattore tempo nell'esercizio del potere repressivo della p.a. in materia urbanistico edilizia*, cit., 3 ss.

^{lxxix} Per i diversi sviluppi giurisprudenziali concernenti l'ipotesi di abuso edilizio realizzato in area sottoposta a vincolo paesaggistico si vedano Cons. Stato, Sez. V, 27 agosto 2012 n. 4610, in www.giustizia-amministrativa.it, T.A.R. Toscana, Sez. III, 13 maggio 2011 nn. 840, 842 e 844: in tal caso, infatti, si è affermato che la preminenza dell'interesse collettivo a preservare l'ordine paesaggistico fosse *in re ipsa* proprio in ragione della sua portata costituzionale.

^{lxxx} Cons. Stato, Sez. V, 29 luglio 2016 n. 3435: "Infatti, anche nel caso di abuso risalente nel tempo, l'ordine di demolizione costituisce atto dovuto, non potendo il semplice trascorrere del tempo giustificare il legittimo affidamento del contravventore poiché il potere di ripristino dello status quo non è soggetto ad alcun termine di prescrizione, né tacitamente rinunciabile: in definitiva il semplice trascorrere del tempo non può legittimare una situazione di illegittimità e tanto meno può imporre all'amministrazione un obbligo di comparazione dell'interesse del privato alla conservazione dell'abuso con l'interesse pubblico alla repressione dell'illecito".

^{lxxxi} Cons. Stato, Sez. IV, 20 luglio 2011 n. 4403, in www.giustizia-amministrativa.it, Id., 19 agosto 2016 n. 3660; Id., Sez. V, 8 novembre 2012 n. 5691, *ivi*; Id., Sez. IV, 11 gennaio 2011 n. 79, *ivi*. Postulato centrale di tale orientamento poggiava sulla considerazione che il provvedimento demolitorio non richiedesse una particolare motivazione ma che, invece, fosse sufficiente la mera rappresentazione del carattere illecito dell'intervento edilizio.

^{lxxxii} T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 22 febbraio 2010 n. 860 secondo la quale il decorso del tempo non solo non rafforza la posizione giuridica dell'interessato ma anzi rafforza il carattere abusivo dell'intervento effettuato; in senso conforme: Cons. Stato, Sez. VI, 5 gennaio 2015 n. 15; Id., 6 marzo 2017 n. 1386; Id., 6 marzo 2017 n. 1060; Id., 10 maggio 2016 n. 1774; Id., 11 dicembre 2013 n. 5943; Id., 23 ottobre 2015 n. 4880; Id., Sez. V, 11 luglio 2014 n. 4892; Id., Sez. IV, 4 maggio 2012 n. 2592.

^{lxxxiii} Cons. Stato, Sez. VI, 5 gennaio 2015 n. 13.

^{lxxxiv} Sul tema del rapporto del fattore temporale e principio di ragionevolezza CGUE, 12 luglio 1957, in cause riunite 7/56, 3/57 e 7/57, *Algera Dineke e.a.c. Alta Autorità*, in *Racc. 1957*, 81 ss., punto III.

^{lxxxv} Cons. Stato, Sez. VI, 27 gennaio 2017 n. 341; Id., Sez. IV, 29 febbraio 2016 n. 816. Cfr. F. ARMENANTE, *Il regime pluriarticolato e disorganico delle sanzioni in materia di abusi edilizi*, cit., 147 ss. "Nel medesimo solco interpretativo si è invocata l'applicazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. In particolare, pur ribadendosi che l'ingiunzione di demolizione (in quanto atto dovuto in presenza della constatata realizzazione dell'opera edilizia senza titolo abilitativo o in totale difformità da esso) è in linea di principio sufficientemente motivata con l'affermazione dell'accertata abusività dell'opera, si è fatta salva l'ipotesi in cui, per il lungo lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'abuso e per il protrarsi dell'inerzia dell'amministrazione preposta alla vigilanza, si sia ingenerata una posizione di affidamento nel privato; secondo tale prospettiva, in assenza di una congrua motivazione, deve ritenersi integrata la violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, di diretta derivazione dal diritto eurounitario, principio che impone all'amministrazione il perseguimento del pubblico interesse col minor sacrificio possibile dell'interesse privato che è corollario di quello di ragionevolezza e parità di trattamento. [...] Tale principio di proporzionalità impone invero un'indagine c.d. "trifasica", che passa attraverso l'accertamento della necessità della misura, della sua idoneità allo scopo da perseguire e della stretta proporzionalità della misura applicata con il fine da raggiungere, per cui deve essere preferita la misura più mite che consenta di raggiungere lo scopo perseguito dalla norma". In questo senso si veda T.A.R. Campania, Napoli, 21 luglio 2017 n. 3893. Si veda anche Cons. Stato, Ad. plen. n. 12/1983 e P. TANDA, *L'Adunanza Plenaria n. 9/2017 si pronuncia sul ruolo del fattore tempo nell'esercizio del potere repressivo della p.a. in materia urbanistico edilizia*, cit., 3 ss: "Come limpidamente argomentato dalla pronuncia n. 12/1983 dell'Adunanza Plenaria, il decorso di un lasso di tempo particolarmente lungo, se da un lato non poteva di per sé sanare di fatto un'opera abusiva, dall'altro lato – però – imponeva che quest'ultima potesse essere abbattuta solo mediante una puntuale motivazione sulla sussistenza di specifiche esigenze di pubblico interesse".

^{lxxxvi} Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3847; Id., Sez. VI, 14 agosto 2015 n. 3933; Id., Sez. IV, 4 febbraio 2014 n. 1016 che descrive i "casi limite" nei quali l'ingiunzione di demolizione deve essere assistita da un'adeguata motivazione circa l'interesse pubblico ad essa sottesa e, segnatamente: "a) quando il proprietario del bene sia pacificamente persona diversa da quella che ha commesso l'abuso. b) quando l'intervenuta alienazione della res non palesi finalità elusive. c) quando fra il commesso abuso e l'ordine di demolizione sia intercorso un rilevante lasso di tempo, sì da ingenerare nel proprietario uno stato di affidamento in ordine alla desistenza da parte dell'amministrazione dell'adozione di atti pregiudizievoli".

^{lxxxvii} Cons. Stato, Sez. IV, 15 gennaio 2015 n. 13, che icasticamente parla di *sanatoria extra ordinem*.

^{lxxxviii} Sul potere di annullamento d'ufficio si veda C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio* in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1173 e ss.; M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a.: Certezza del diritto e falsi miti, riflessioni a margine della legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *Federalismi.it*, 2015.

^{lxxxix} Tra le altre cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017 n. 8, sull'obbligo di motivazione circa la sussistenza di un interesse pubblico attuale in ipotesi di autotutela caducatoria mentre la sentenza n. 9 affronta la questione dell'obbligo di motivazione circa la sussistenza di un interesse pubblico attuale in ipotesi di intervento sanzionatorio della p.a.

^{xc} P. TANDA, *L'Adunanza Plenaria n. 9/2017 si pronuncia sul ruolo del fattore tempo nell'esercizio del potere repressivo della p.a. in materia urbanistica edilizia*, cit., 6 ss., secondo cui "il giudizio di difformità dell'intervento edilizio rispetto al titolo abilitativo rilasciato, che costituisce il presupposto dell'irrogazione delle sanzioni, non è connotato da discrezionalità tecnica, ma integra un mero accertamento di fatto, con la conseguenza che l'ordine di demolizione di opere abusive non richiederebbe una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione"; cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 settembre 2017 n. 4243.

^{xc} Da ultimo cfr. anche Cons. St. Sez. VI, 23 novembre 2022, n. 10340 che si veda anche per l'approfondimento della questione circa i rapporti tra l'ordine di demolizione e il certificato di agibilità precedentemente rilasciato dalla p.a.; Cons. St. Sez. VI, 7 giugno 2021, n. 4319; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 24 gennaio 2022 n. 474. Cfr. C. AGLIATA, *Ordine di demolizione e diritto all'abitazione. Riflessioni sulla perimetrazione del concetto di abuso di necessità (nota a TAR Campania, Napoli, Sez. V, 24 gennaio 2022 n. 474*, in *Giustiziainsieme.it*, 2022: 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 antigiuridica che perdura sino al momento del venire in essere della sanzione. "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, 4 gennaio 2021 n. 12; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 1 ottobre 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 febbraio 2021, n. 1637). In termini v. anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 9 maggio 2019, n. 2500. Sulla natura del reato urbanistico come reato permanente si v. Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2002 n. 17178. La cessazione dell'attività coincide con l'ultimazione dei lavori per il completamento dell'opera, ovvero con la sospensione volontaria o imposta, anche all'esito del sequestro penale o con la sentenza di primo grado se i lavori continuano dopo l'accertamento del reato. Cfr. Cass. pen., Sez. III, 6 maggio 2014 n. 29974, in <https://lexambiente.it>.

^{xcii} Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017 n. 9, cit.

^{xciii} La qualificazione del potere di irrogazione di sanzioni in termini di attività vincolata è stata di recente confermata da Cons. Stato, Sez. VI, 1° aprile 2021 n. 2418, che ha ribadito il principio per cui il carattere doveroso dell'ordine di demolizione, così come di tutti gli atti sanzionatori in materia edilizia, rende non necessaria una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati. Quanto al connesso profilo dell'onere motivazionale, il Consiglio di Stato riafferma l'insussistenza della necessità di dimostrare l'esistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione. Si può concludere, dunque, che si esclude la presenza di un affidamento tutelabile di una situazione di fatto abusiva.

^{xciv} *Ibidem*.

^{xcv} V.C. CONTESSA, *Rassegna di giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2017, 2581 ss.; L. DROGHINI - G. STRAZZA, *L'ordinanza di demolizione degli abusi edilizi tra tempo, legittimo affidamento e obbligo di motivazione*, in questa *Rivista*, 2018, fasc.1, 113 ss.; M.C. SPENA, *La repressione degli abusi edilizi tra doverosità dell'operato della pubblica amministrazione e legittimo affidamento del privato*, *ivi*, 2015, 4, 753; V. MELE, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, *ivi*, 2012, 2, 148.

^{xcvi} P. TANDA, *L'Adunanza Plenaria...*, cit., 14: "Del resto, l'obbligo di una specifica motivazione non deve far pensare necessariamente ad un atto discrezionale, in quanto non è detto che un atto vincolato non possa necessitare di articolata motivazione".

^{xcvii} M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988; ID., "Motivazione" dell'atto amministrativo (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1977, XXVII; Corte cost. n. 310/2010.

^{xcviii} P. TANDA, *L'Adunanza Plenaria...*, cit., 19 ss., che opportunamente distingue tra due diversi casi: l'ipotesi in cui l'ordine tardivo di demolizione sia adottato a seguito di annullamento di titolo edilizio illegittimo e l'ipotesi in cui l'ordine sia adottato in assenza di preesistente titolo edilizio: se nel primo caso il problema del legittimo affidamento si pone sempre, nel secondo il problema sorge solo nei casi limite esaminati dalla Adunanza plenaria n. 9/2017.

^{xcix} V.A. AULETTA, *Considerazioni intorno al cd. Affidamento del responsabile dell'abuso ed all'operazione qualificatoria del fatto nel caso di intempestivo esercizio del potere sanzionatorio in materia edilizia (a margine di T.A.R. Umbria, sez. I, 21 gennaio 2010, n. 23*, in questa *Rivista*, 2010, 2, 235, che, invece, distingue i casi in cui la posizione di affidamento del privato poggia su un comportamento

omissivo qual è l'inerzia della p.a. per un lasso considerevole di tempo e quello in cui l'affidamento si radichi, invece, oltre che sul decorso temporale, anche sul mancato rispetto del principio di non contraddizione mediante il compimento di atti incompatibili con la volontà di esercizio del dovere repressivo; P. OTRANTO, *Decorso del tempo e tutela della sanzione urbanistica: il Consiglio di Stato arricchisce la casistica*, in questa *Rivista*, 2007, 592 ss., che afferma, ai fini della verifica della sussistenza del legittimo affidamento, la necessità di valutare sia la condotta del privato che della pubblica amministrazione: con riguardo al comportamento di quest'ultima, la protratta inerzia che poggia sulla consapevolezza dell'abuso – nelle forme della conoscenza o conoscibilità – dà senz'altro luogo alla possibilità di riconoscere un affidamento del privato.

^c Secondo P. TANDA, *L'Adunanza Plenaria...*, cit., e M.A. SANDULLI, *Edilizia* (voce), cit., osserva criticamente, contrariamente a quanto affermato in sentenza che “sembrano sussistere spazi per arrivare ad ammettere anche la tutela dell'affidamento del privato nei confronti della p.a. nelle eccezionali ipotesi in cui il proprietario dell'opera interessata dal tardivo provvedimento di demolizione non sia il responsabile dell'abuso edilizio e non abbia posto in essere alcunché per eludere l'esercizio dei poteri repressivi dell'amministrazione”. Come, poi, osservato da L. DROGHINI, G. STRAZZA, *L'ordinanza di demolizione degli abusi edilizi tra tempo, legittimo affidamento e obbligo di motivazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, cit., 1. una diversa modulazione – in senso rafforzativo – dell'onere motivazionale non determinerebbe il mutamento del potere sanzionatorio da vincolato a discrezionale posto che anche l'esercizio di attività autoritativa può coinvolgere l'apprezzamento del fatto “così definibile perché risolvendosi in un'operazione complessa e dall'esito opinabile”.

^{ci} Lo rilevano L. DROGHINI, G. STRAZZA, *L'ordinanza di demolizione*, cit., con riguardo T.A.R. Calabria Catanzaro, Sez II, 11 gennaio 2016 n. 8 e T.A.R. Molise, Sez. I, 17 febbraio 2014 n. 114.

^{cii} Si tratta di Cons. Stato, Ad. plen., 19 maggio 1983 n. 12, che era stata chiamata a dirimere il contrasto giurisprudenziale in ordine alla rilevanza del decorso del tempo sull'ordine di demolizione e sulla consistenza del relativo obbligo motivazionale. La Plenaria era giunta a conclusioni del tutto opposte rispetto alla più recente Ad. plen. n. 9/2017, in quanto aveva affermato che il consistente lasso temporale era idoneo ad attenuare il principio secondo cui, a fronte dell'obbligatorietà del potere repressivo, non si riteneva generalmente necessaria una valutazione circa i motivi del suo esercizio posto che la constatazione dell'abuso era elemento sufficiente all'emanazione del provvedimento demolitorio. Secondo la Corte infatti, “è noto che, su un piano puramente astratto, è sempre ipotizzabile l'applicazione della sanzione amministrativa, attesa la mancanza, nella previsione legislativa del limite temporale di esercizio del potere repressivo dell'abuso edilizio. Ma il lunghissimo decorso del tempo, senza che l'amministrazione si sia comunque preoccupata di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto violata, si di per sé non è sufficiente per poter ritenere definitivamente precluso tale adeguamento, impone che l'eventuale iniziativa demolitoria abbisogni di essere sorretta da motivazioni più adeguate, rispetto a quella che si riferisce alla semplice constatazione dell'abusività dell'opera”.

^{ciii} Lo rilevano P. TANDA, *L'Adunanza Plenaria...*, cit. e M.A. SANDULLI, *Edilizia* (voce), cit., 43.

^{civ} Invero, secondo l'esegesi in esame, non è necessario motivare un provvedimento con il quale sia ordinata la demolizione di un'opera abusiva a prescindere dal fattore temporale posto che l'ordinamento tutela l'affidamento di chi versa in una situazione anti-giuridica solo laddove presenta un carattere incolpevole: la realizzazione di un'opera abusiva si concretizza, al contrario, in un'attività del trasgressore volontariamente realizzata *contra legem*.

^{cv} Cfr. F. ARMENANTE, *Il regime pluriarticolato e disorganico delle sanzioni in materia di abusi edilizi*, cit.

^{cvi} *Ibidem*. “Secondo la plenaria, la disposizione appena richiamata chiarisce che il decorso del tempo dal momento del commesso abuso non priva l'amministrazione del potere di adottare l'ordine di demolizione, configurando piuttosto, specifiche e diverse conseguenze in termini di responsabilità in capo al dirigente o al funzionario responsabili dell'omissione o del ritardo nell'adozione di un atto che è e resta doveroso nonostante il decorso del tempo”.

^{cvi} Secondo Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017 n. 9, cit., “se l'amministrazione (...) avesse comunicato l'avvio del procedimento in parola, essi avrebbero potuto rappresentare: i) la risalenza nel tempo degli abusi realizzati dalla loro comune dante causa; ii) il legittimo affidamento riposto nella mancata adozione di provvedimenti repressivi da parte dell'autorità iii) il contegno contraddittorio serbato dal Comune di Fiumicino, il quale aveva continuato nel corso degli anni ad introitare i tributi locali per l'immobile in parola, in tal modo rafforzando il convincimento circa la mancata attivazione dei poteri repressivi”.

^{cvi} A sostegno della tesi della necessità dell'avviso di avvio al procedimento per l'accertamento della sussistenza della lottizzazione abusiva si veda T.A.R. Sicilia, Sez II, 19 gennaio 2021 n. 194: “il procedimento volto a dichiarare che è in atto una lottizzazione abusiva non si sottrae all'obbligo di consentire la partecipazione procedimentale ai soggetti sui cui interessi l'eventuale accertamento della lottizzazione abusiva è destinato ad incidere, e quindi all'inoltro, a tali soggetti, dell'avviso di avvio del procedimento previsto dall'art. 7 della legge 241/1990. Invero, seppur l'accertamento della sussistenza di una lottizzazione abusiva comporta, per la P.A., il compimento di attività vincolata, la complessità della valutazione che può talvolta richiedere tale accertamento e la gravità delle conseguenze che ne derivano – immediata perdita dei terreni coinvolti – connotano il relativo procedimento di caratteristiche diverse rispetto a quelle proprie di un procedimento volto all'adozione di un ordine di demolizione di un'opera abusiva, per il quale, sulla base di consolidata e condivisibile giurisprudenza amministrativa, non è necessario il previo invio dell'avviso di avvio del relativo procedimento”. Tale sentenza, dunque, afferma la necessità dell'avviso di cui all'art. 7 l. 241/1990 per l'ordine di demolizione per gli abusi edilizi diversi dalla lottizzazione.

^{cix} Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2022, n. 3707; Cons. Stato, Sez. II, 1° settembre 2021 n. 6181; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 1 marzo 2021 n. 1305; Id., Sez. III, 7 settembre 2015 n. 4392.

^{cx} Cons. Stato, Sez. III, 14 settembre 2021 n. 6288, in www.lavoripubblici.it.

^{csi} M. GALDI, *Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 1996, 6-9; ID., *Contributo allo studio dell'interesse a rilevanza costituzionale*, Salerno, 2003, 68 ss.

^{cxii} Per un esame del fondamento costituzionale del diritto di abitazione si v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, parte generale*, Padova, 1990; F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995. V. anche Corte cost., nn. 169/1994 e 444/1988, dove si afferma che il diritto di abitazione trova fondamento nel riconoscimento di tale diritto come diritto sociale, collocabile tra i diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost, quale norma a fattispecie aperta (ma anche art. 25 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, e art. 11 Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali, che “esprimendo il dovere di solidarietà sociale, connota la forma costituzionale dello Stato Sociale”.

^{cxiii} L'art. 8 CEDU afferma che “Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

^{cxiv} Corte EDU, Sez. V, 21 aprile 2016 n. 46577/15, par. 51, in www.lexambiente.it.

^{cxv} Corte EDU, Sez. V, cit., par. 68: *whether or not the home was established unlawfully, whether or not the persons concerned did so knowingly, what is the nature and degree of the illegality at issue, what is the precise nature of the interest sought to be protected by the demolition, and whether suitable alternative accommodation is available to the persons affected by the demolition (see Chapman, cited above, §§ 102-04). Another factor could be whether there are less severe ways of dealing with the case; the list is not exhaustive.*

^{cxvi} Per una rigorosa puntualizzazione del principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte EDU si v. Corte EDU, 4 agosto 2020, *Kaminskas c. Lituania* e Corte EDU, 21 aprile 2016, *Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria*.

^{cxvii} Corte EDU, Sez. V, cit., par. 73.

^{cxviii} Significativa è, a tal proposito, la sentenza della Corte EDU, Sez. II, 4 agosto 2020, *Kaminskas c. Lituania*, che ha escluso la violazione del diritto all'abitazione nel caso presentato da una persona di età avanzata e in condizioni di salute e reddituali precarie. In tal caso, infatti, la Corte ha ritenuto prevalente l'interesse pubblico a preservare l'ordine ambientale soprattutto in quanto, nonostante le difficili condizioni personali sopramenzionate, l'autore del fatto aveva consapevolmente costruito l'abitazione in area protetta senza il titolo abilitativo necessario.

^{cxix} A. SCARCELLA, *Compatibile con la C.e.d.u. l'ordine di demolizione? Nota a Corte eur. Dir. Uomo. Sez. V 21 aprile 2016 (Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria)*, in *Urb. e app.*, 2016, 12, 1318-1327.

^{cxx} Cass. pen., Sez. III, 6 luglio 2022 n. 32869 in *Issole24ore.it*.

^{cxxi} Cass. pen., Sez. III, 10 marzo 2016 n. 18949, C.; Id., 11 settembre 2019 n. 48021, G.

^{cxxii} Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2022 n. 5620, secondo cui “l'ordine di demolizione non viola in astratto il diritto individuale a vivere nel proprio legittimo domicilio ma afferma in concreto il diritto alla collettività a rimuovere la lesione di un bene o interesse costituzionalmente tutelato ed a ripristinare l'equilibrio urbanistico-edilizio violato. Cfr. Cass. pen., Sez. III, 18 febbraio n. 5822, in www.ambientediritto.it; Id., 24 novembre 2017 n. 15134, *ivi*.

^{cxxiii} Cass. pen., Sez. III, 18 gennaio 2002 n. 5822, cit., in cui il giudice delle leggi stabilisce che ai fini della valutazione del rispetto del principio di proporzionalità, la Corte EDU ha valorizzato essenzialmente 1) la possibilità di far valere le proprie ragioni davanti ad un tribunale indipendente 2) la disponibilità di un tempo sufficiente per “legalizzare” la situazione, se giuridicamente possibile, o per trovare un'altra soluzione alle proprie esigenze abitative agendo con diligenza; 3) l'esigenza di evitare l'esecuzione in momenti in cui verrebbero compromessi altri diritti fondamentali, come, cc esempio, quello dei minori a frequentare la scuola. Inoltre, ai medesimi fini, un ruolo estremamente rilevante è stato attribuito alla consapevolezza della illegalità della costruzione da parte degli interessati al momento dell'edificazione e alla natura ed al grado della illegalità realizzata”.

^{cxxiv} Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2022 n. 5620, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{cxxv} A.M. SANDULLI, *Giurisdizione e amministrazione in materia di edilizia urbanistica*, Relazione tenuta il 3 luglio 1958, in Roma, al Corso di perfezionamento per uditori giudiziari, pubblicato in *Il Diritto dell'Economia*, 1958, 10, inserito nella raccolta *Scritti giuridici. Vol. VI. Diritto urbanistico*, Napoli, 1990, 5, ripubblicati sul sito www.diritto-amministrativo.org in occasione della celebrazione per il centenario dalla nascita di A.M. Sandulli.

^{cxxvi} *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 22 maggio 2013 n. 964, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{cxxvii} Osservatorio Nazionale Ambiente e Legalità di Legambiente, Ecomafia, *Le storie e i numeri della criminalità ambientale*, Milano 2009.

^{cxxviii} S. SETTIS, *Paesaggio. Costituzione. Cemento*, Milano, 2010.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, maggio – giugno 2023

La *translatio iudicii* conquista anche l'appello erroneamente intestato alla ... sezione romana del Consiglio di Stato (nota a Cons. Stato, Adunanza plenaria 14 marzo 2023, n. 10)

di Alessandro Squazzoni

Sommario: 1. Il caso e l'ordinanza di rimessione della III Sezione n. 5921/2022 – 2. La nuova soluzione adottata dalla Plenaria n. 10/2023 - 3. Qualche appunto critico sull'idea di farne una questione tra sezioni dello stesso giudice – 4. Una motivazione alternativa.

1. Il caso e l'ordinanza di rimessione della III Sezione n. 5921/2022.

Ricevuta dal Tar Sicilia sezione staccata di Catania una sentenza di rigetto del ricorso, la difesa del ricorrente intesta l'appello al Consiglio di Stato e poi sempre al Consiglio di Stato indirizza il modulo di deposito telematico.

Assegnato l'appello alla III^a Sezione, in esito all'udienza di discussione il giudice constata che l'impugnazione doveva essere all'evidenza proposto avanti al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia.

La regola – una volta tanto - è sicura.

Già lo diceva l'art. 40 della legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali, che a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 61 del 1975, suona nel senso che contro ogni sentenza del Tar per la Sicilia l'appello “è portato al Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana”.

La disposizione è stata poi ribadita dall'art. 4, comma 3, del d. lgs n. 373/2003 (recante Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato): "In sede giurisdizionale il Consiglio di giustizia amministrativa esercita le funzioni di giudice di appello contro le pronunce del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia".

Quanto al Codice del processo amministrativo, l'art. 6, comma 6, non potrebbe essere più chiaro: "Gli appelli avverso le pronunce del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia sono proposti al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, nel rispetto delle disposizioni dello statuto speciale e delle relative norme di attuazione". E così ancora l'art. 100 del Codice si cura di tener ferma "la competenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana per gli appelli proposti contro le sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia".

Se la regola è sicura un po' meno sicure sono però le conseguenze di questo singolare errore.

La III^a Sezione, con l'ordinanza n. 5921/2022, ricorda infatti che la dimensione problematica della questione era già stata portata nel 2013 all'attenzione dell'Adunanza plenaria con una ordinanza di rimessione della stessa Sezione.

Vero è che la giurisprudenza largamente maggioritaria sosteneva che la fase di gravame in simili casi dovesse necessariamente chiudersi con una sentenza di inammissibilità dell'appello pronunciata dal Consiglio di Stato, rincarando poi la dose con la precisazione (per il vero a quel punto un poco superflua) che il potere di impugnazione si era irrimediabilmente consumato[1].

Tuttavia, un precedente del 2009 aveva invece espresso l'avviso che "nel caso di specie trovi comunque applicazione la disposizione contenuta nell'articolo 50 c.p.c., a norma del quale, in caso di pronuncia di incompetenza del giudice adito, la causa prosegue davanti al giudice competente qualora sia tempestivamente riassunta nel termine fissato dalla sentenza (di incompetenza) ovvero di sei mesi dalla stessa"[2].

L'Adunanza plenaria, con la sentenza 22 aprile 2014 n. 12 aveva però rispedito il dubbio al mittente facendosi scudo dell'orientamento in allora prevalente presso il giudice civile. La Cassazione, con un orientamento che si potrebbe definire parentetico[3], in quegli anni propendeva infatti per l'idea che l'individuazione del giudice dell'appello non ponesse una questione legata alla nozione di competenza propria dell'art. 50 c.p.c. Per conseguenza, non trovando applicazione la meccanica della riassunzione a seguito di declinatoria prevista da quella norma, il giudizio d'appello non avrebbe che potuto chiudersi con una sentenza di inammissibilità. Secondo la Plenaria n. 12/2014 un siffatto orientamento avrebbe dovuto trovare ancor più pacifica applicazione nel caso dell'appello nel processo amministrativo, posto che il criterio di collegamento con il Consiglio di giustizia piuttosto che con il Consiglio di Stato qui dipendeva dal giudice a quo. Un criterio che secondo la Plenaria andava ricostruito nei termini di una attribuzione funzionale più che non di competenza.

Ma ecco che a qualche anno di distanza la III^a Sezione vede molto bene che i tempi sono maturi per sparigliare le carte.

Nel 2016 le Sezioni Unite, recuperando il più risalente e consolidato orientamento, sono infatti tornate ad insegnare che “l’appello proposto dinanzi ad un giudice diverso da quello indicato dall’art. 341 cod. proc. civ. non determina l’inammissibilità dell’impugnazione, ma è idoneo ad instaurare un valido rapporto processuale, suscettibile di proseguire dinanzi al giudice competente attraverso il meccanismo della *translatio iudicii*, sia nell’ipotesi di appello proposto dinanzi ad un giudice territorialmente non corrispondente a quello indicato dalla legge, sia nell’ipotesi di appello proposto dinanzi a un giudice di grado diverso rispetto a quello dinanzi al quale avrebbe dovuto essere proposto il gravame”[4].

Nel sollecitare un nuovo esame della questione alla Plenaria, l’ordinanza di rimessione non manca di osservare che la stessa Cassazione ha dato pure rilievo al fatto che la *translatio iudicii* ha conquistato anche il difetto di giurisdizione[5] come pure i rapporti tra giudici ed arbitri[6]. Quand’anche pertanto si reputasse che il giudice non correttamente evocato in appello ponga un tema di carenza di attribuzione giurisdizionale[7], cionondimeno i benefici effetti della *translatio* ben potrebbero applicarsi.

Infine, la III^a Sezione osserva che ai sensi dell’art. 1, comma 2, del d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373, le due sezioni del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana sono definite quali “Sezioni staccate del Consiglio di Stato”, “con la conseguenza che più che di impugnazione erroneamente proposta “ad un giudice diverso da quello legittimato a riceverlo” si tratterebbe di appello proposto a diversa Sezione dello stesso giudice”.

Per mero inciso, nel formulare il quesito posto alla Plenaria il giudice non ha invocato l’applicazione in fase d’appello delle norme del processo amministrativo sulla *translatio* tra i Tribunali amministrativi regionali – vale a dire l’art. 15, comma 4, c.p.a. -, ma ha richiamato il meccanismo della riassunzione a norma dell’art. 50 cod. proc. civ. La Plenaria è stata infatti interpellata per sapere “se l’appello proposto dinanzi al Consiglio di Stato avverso una sentenza del Tar Sicilia (sede di Palermo o Sezione staccata di Catania) configuri una ipotesi di inammissibilità dell’impugnazione e di conseguente passaggio in giudicato della impugnata sentenza, ovvero valga ad instaurare un valido rapporto processuale suscettibile di proseguire dinanzi al competente Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana attraverso il meccanismo della riassunzione a norma dell’art. 50 cod. proc. civ.”.

2. La nuova soluzione adottata dalla Plenaria n. 10/2023

Nel formulare un responso che è certamente innovativo, la sentenza dell’Adunanza plenaria che qui si segnala trae il destro dall’unico spunto dell’ordinanza di rimessione che le consenta di non dire a chiare lettere che il costrutto giuridico su cui si appoggiava la stessa Plenaria del 2014 era sbagliato.

Il caso andrebbe molto semplicemente e solo deciso traendo i debiti corollari dal principio affermato dalla legge che configura le sezioni del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana quali sezioni staccate del Consiglio di Stato, non senza tuttavia subito appresso osservare che le sezioni del Consiglio di Stato con sede in Roma non possono decidere la causa “poiché la competenza funzionale della Sezione staccata di Palermo è inderogabile, in quanto prevista da una disposizione attuativa dello Statuto regionale”.

Ed ecco allora quali corollari la Plenaria viene ora a trarre da questa premessa: “per evitare il differimento della definizione del giudizio, la Presidenza del Consiglio di Stato deve trasmettere alla Segreteria della Sezione staccata di Palermo l’appello proposto al Consiglio di Stato avente sede in Roma, proposto avverso una sentenza del TAR per la Sicilia. Qualora l’appello sia stato però assegnato dalla Presidenza ad una delle Sezioni del Consiglio di Stato, rilevano i principi generali desumibili dall’art.15, commi 2 e 4, del codice del processo amministrativo, sicché la Sezione avente sede in Roma non può decidere in sede cautelare e con ordinanza deve dichiarare la propria incompetenza, affinché il giudizio possa essere riassunto innanzi alla Sezione staccata”.

Si enuncia poi così il seguente principio di diritto “*l’appello proposto avverso una sentenza del Tar per la Sicilia (Sede di Palermo o Sezione staccata di Catania) può essere deciso unicamente dalla sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, la quale a tutti gli effetti è una sezione del Consiglio di Stato*”.

Senonché, va notato, curiosamente poi la stessa Adunanza plenaria domanda al Presidente del Consiglio di Stato di assegnare l’appello alla sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

Curiosamente, si diceva, perché qui l’appello era all’evidenza già stato assegnato alla III^a Sezione, che non a caso era giunta ad un’ordinanza di rimessione in esito all’udienza di discussione celebratasi a circa tre anni di distanza dal gravame. Vi era allora da attendersi che, facendo coerente seguito alle sue stesse parole, nel caso si dovesse applicare il principio di cui al comma 4 dell’art. 15 c.p.a. e che quindi a mettere in moto il processo verso il Consiglio di giustizia fosse un’ordinanza declinatoria della competenza, con onere delle parti di un atto di riassunzione.

3. Qualche appunto critico sull’idea di farne una questione tra sezioni dello stesso giudice

Questa sentenza è sicuramente influenzata dalla volontà di non confutare in modo aperto l’argomento della Plenaria del 2014. Tuttavia tale preoccupazione ha prodotto il risultato di una pronuncia assai criptica che elude gli interrogativi giuridici posti dall’articolata ordinanza della III^a Sezione.

Ciò posto, e per quanto la constatazione possa apparire banale, su almeno un punto occorre uscir dal vago.

Avendo la Plenaria affermato che l'art. 15 del c.p.a. è applicabile alla fattispecie, norma che anzi viene addirittura detto racchiudere un principio generale, con consequenziale onere di declinare la competenza “affinché il giudizio possa essere riassunto” presso il CGARS, nessun dubbio può sussistere in merito a due conseguenze intimamente connesse.

La *translatio iudicii* può operare anche in questo peculiare caso. *Ex necesse* – e contrariamente a quanto sembrerebbe forse ventilare la stessa Plenaria nel dichiarare il principio di diritto – l'appello non potrà più essere dichiarato inammissibile per difetto di competenza una volta giunto in Sicilia. E ciò per la semplice ragione che una tale pronuncia sarebbe possibile solo a decidere l'appello fosse il Consiglio di Stato con sede in Roma, mentre non lo è più una volta che l'appello sia transitato (e nemmeno importa come) al giudice competente.

Ferma questa conclusione, l'idea che per risolvere la questione assuma valore dirimente la possibilità di configurare il Consiglio di giustizia quale sezione del Consiglio di Stato non sembra del tutto convincente.

Se infatti con questo si volesse dire che trattandosi di rapporto tra sezioni il caso debba necessariamente subire un trattamento giuridico diverso dal caso del difetto di competenza, si verrebbe a dire una cosa se non proprio errata, almeno eccessiva.

La configurazione di un regime del rapporto tra sezioni sensibilmente diverso da quello dei rapporti di competenza, e financo per ipotesi da riguardarsi come un problema di pura specificazione organizzativa, è certo possibile. Ma spetta al legislatore configurarlo come tale[8].

Ebbene nel caso che occupa non sembra proprio che le norme giuridiche rilevanti arrivino a questo esito.

Basti considerare che l'art. 10 del d.lgs. n. 373/2003 stabilisce che “Le questioni inerenti alla competenza del Consiglio di giustizia amministrativa in sede giurisdizionale sono rilevabili anche d'ufficio”. La stessa norma al comma 5 stabilisce che è devoluta all'Adunanza plenaria in composizione integrata “la cognizione dei conflitti di competenza, in sede giurisdizionale, tra il Consiglio di giustizia amministrativa ed il Consiglio di Stato”.

D'altro canto è la stessa Plenaria qui in commento ad affermare che quella del CGARS è una competenza funzionale inderogabile. Stando così le cose, l'idea di ricorrere ad una misura presidenziale organizzativa quando l'appello non è stato ancora assegnato a sezione ed al trattamento sulla declinatoria di competenza se invece è stato assegnato, non riesce a persuadere del tutto. Ove si tratti di risolvere un dubbio di disciplina, il trattamento processuale, infatti, necessariamente segue (e non precede) al fenomeno nella sua dimensione statica. E se dalle norme emerge che questo fenomeno è di un rapporto di competenza funzionale, il suo trattamento processuale non può essere divaricato a seconda di una contingenza così episodica.

Del resto non sarà del tutto superfluo ricordare che stando all'art. 47 c.p.a. anche in merito al riparto tra diverse sezioni dei TTAARR, il regime processuale della competenza vince

sempre sul trattamento del riparto tra sezioni quando la causa spetta ad una data sezione per un criterio che lo stesso legislatore definisce di competenza funzionale inderogabile (art. 14 c.p.a.)[9].

Anzi, l'idea che qui rileva è resa molto bene proprio dal linguaggio che il legislatore adotta al comma 1 dell'art. 47 c.p.a., da cui si comprende che in taluni casi la ripartizione di controversie tra sezioni è da considerarsi “questione di competenza”.

In definitiva, il fatto che il Consiglio di giustizia amministrativa sia una sezione del Consiglio di Stato non è del tutto privo di rilievo, ma va recuperato in una prospettiva diversa da quella eletta in questa occasione dalla Plenaria.

4. Una motivazione alternativa

Per chi conosca la storia della *translatio iudicii*, viene pressoché spontaneo risolvere in senso favorevole il dubbio sulla possibilità di farne utile applicarne nel caso che occupa.

Nel contesto processuale italiano, la *translatio* si può dire sia stata, se non proprio inventata, quantomeno imposta grazie a Mortara inizialmente proprio nel campo dell'appello a giudice incompetente, benché con coerenza da Mortara stesso ritenuta applicabile anche al giudizio di primo grado[10].

Non a caso chi scriveva di appello a giudice incompetente appena dopo l'emanazione del nuovo codice di procedura civile non poteva non notare che l'art. 50 stava lì a rafforzare l'orientamento precedente e favorevole alla tesi mortariana[11].

La giurisprudenza civile moderna che ogni tanto devia da quell'antica dottrina è probabilmente influenzata da una lettura superficiale di un noto contributo di Attardi[12]. Attardi infatti giungeva sì a negare l'interferenza tra l'art. 50 c.p.c. e l'appello, ma muovendo dall'idea che l'impugnazione fosse un proseguimento del processo ancora pendente e per la verità già presso il giudice dalla legge investito della funzione di gravame. Ricostruito quindi l'appello come atto di mero impulso processuale, la sua inefficacia se rivolto al giudice sbagliato derivava semplicemente dal fatto che l'atto di mero impulso, per avere un qualche effetto, deve essere inserito in quel dato e preciso processo. Ma Attardi stesso non esitava ad ammettere che concependo invece l'appello come giudizio autonomo si doveva arrivare a tutt'altra conclusione. E d'altro canto l'idea di appiattare l'impugnazione a mero atto di impulso processuale non ha convinto nemmeno i processualcivili[13].

Ora, tornando all'invenzione di Mortara occorre ricordare che il ricorso alla meccanica della *translatio* in fase d'appello nacque da due concomitanti convinzioni che ne spiegano anche il significato più profondo.

Mortara non era persuaso da una soluzione, molto ricorrente nella giurisprudenza dell'epoca, che accordava in questo caso l'interruzione del termine per appellare. Contemporaneamente

era però convinto del fatto che l'appello, purchè proposto ad un giudice di grado superiore a quello appellato, fosse in tutto e per tutto un appello valido. Una validità concepita anche in una direzione specifica, come intrinseca attitudine a preservare dalla decadenza. La possibilità di far trasmigrare l'appello al giudice competente purché entro il termine di perenzione si pose allora come una modalità per declinare l'effetto che altra dottrina chiamava conservativo dell'appello a giudice incompetente, come soluzione che surrogava quella dell'interruzione del termine per appellare, al contempo evitando di dover trarre dal concetto di impedimento della decadenza tutto il dovuto[14].

Ed in effetti l'aspetto più intrigante dei moderni approdi della *transaltio iudicii*, come pure del trattamento recentemente imposto dalla Corte costituzionale in tema di disciplina della nullità della notifica nel processo amministrativo[15], sta proprio in una nota comune che esce da questi episodi di affermazione dell'effetto conservativo del termine di un atto processualmente viziato e che per certi versi recupera questo antico approccio.

La espressa previsione di una sanatoria processuale non è essa stessa la sola ragione dell'effetto dell'atto. È piuttosto l'intrinseca idoneità di esso ad incidere sulla decadenza che, prima o poi, si deve sfogare nella necessaria introduzione, anche solo per via interpretativa, di una sanatoria processuale.

Ma fortunatamente per risolvere il caso riapprodato alla Plenaria non occorre impegnare un tema così complesso.

Già Oriani, all'indomani da Corte cost. n. 77/2007 suggeriva alla giurisprudenza civile di rimeditare l'orientamento inaugurato nel 2005 dalla Cassazione e propenso a non applicare l'art. 50 c.p.c. all'appello[16]. L'avrebbe imposto anche solo il forte richiamo della Corte costituzionale verso una visione del processo, propria dell'insegnamento di Virgilio Andrioli travasato in più di una pronuncia della medesima Corte[17], quale strumento funzionale a stabilire torto e ragione e perciò proteso per quanto possibile verso una pronuncia di merito. Ed è quello che fatalmente è avvenuto con le richiamate Sezioni Unite del 2016 che non hanno mancato di dare grande risalto a questo aspetto.

Ebbene alla luce di tali concomitanti coordinate la vera domanda da porsi è allora se nel processo amministrativo esista una norma che vieti la *transaltio* tra il Consiglio di Stato ed il Consiglio di giustizia. E poiché tale norma non c'è, mentre certamente esistono disposizioni che disciplinano la *translatio* per incompetenza in primo grado, l'unico modo corretto per il giudice di condursi secondo Costituzione è quello di adoperarsi privilegiando la via del merito. Nel caso, il percorso per assecondare questa via meno esposto alla critica di un uso disinvolto delle norme processuali esistenti, è proprio quello di fare applicazione alla fase d'appello di quelle stesse disposizioni sulla declinatoria di competenza e successiva *translatio* nel giudizio avanti al Tar. Poco conta dire se ciò avvenga poi in virtù del c.d. rinvio interno o perché tali norme esprimono un principio generale.

In questo contesto, se proprio si vuole, l'interesse per il fatto esaltato dalla Plenaria che vede nel Consiglio di giustizia una sezione del Consiglio di Stato sta in ciò.

Nessuno potrà sognarsi di dire che l'errore nell'individuazione della sede qui trasmodi in un errore sul mezzo di impugnazione[18]. Appello era, appello rimane.

[1] Contrariamente alla vulgata giurisprudenziale, tale orientamento non sembra però addebitabile alla decisione dell'Adunanza plenaria n. 21/1978. Chi si curi di leggere quella motivazione noterà infatti che la Plenaria nell'occasione si concentrò tutta sul tema della competenza del Consiglio di giustizia a decidere anche gli appelli su sentenze rese dal Tar Sicilia su ricorsi contro provvedimenti emessi da organi centrali dello Stato in materie estranee alla sfera di interessi della Regione. Vero è che chiudendo la decisione, con poche righe la Plenaria riconobbe la scusabilità dell'errore e si premurò di accordare la rimessione in termini affinché l'appello potesse essere riproposto al Consiglio di giustizia amministrativa. Ora, si potrà certo dire che il rimedio della rimessione in termini per errore scusabile presuppone che la *translatio* non si applichi. Ma addebitare ad una motivazione che decide di accordare la rimessione e nulla argomenta in punto di *translatio* di essere la capofila di un orientamento negativo quanto alla sua applicazione al caso, pare francamente discutibile. Piuttosto, semmai si può ricordare che nel contesto dell'abrogata legge Tar un quesito come quello che ora si pone sarebbe stato fortemente condizionato dal fatto che la *translatio* non operava nemmeno in primo grado per i casi di incompetenza c.d. assoluta (o funzionale), come si poteva desumere dall'art. 34, comma 2, l. Tar che per tali ipotesi accordava la rimessione in termini per errore scusabile.

[2] Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2009, n. 4580.

[3] L'altalenare degli orientamenti della cassazione in punto di appello a giudice incompetente è ben ricostruito da Cass., Sez. Un., 14 settembre 2016, n. 18121, dove si ricorda che l'orientamento favorevole all'applicazione della *translatio* era prevalente fino a Cass., sez. III., 10 marzo 2005, n. 2709, che invece si pose a capofila di un filone propenso a ritenere che l'art. 50 c.p.c. fosse del tutto escluso in materia di appello.

[4] Cass., Sez. Un., n. 18121/2016.

[5] Grazie a Corte cost. n. 77/2007.

[6] Grazie a Corte cost. n. 223/2013.

[7] Nella dottrina del processo civile si tratta di una tesi che vanta autorevoli sostenitori, sebbene declinata con linguaggio non sempre coincidente. Cfr. E. Redenti, *Diritto processuale civile*, Milano, 1949, II, 1, 82, secondo cui l'individuazione del giudice d'appello pone un tema non di competenza, ma di attribuzioni istituzionali. Di mancanza di giurisdizione si parla invece in M. T. Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, VI ed., Milano, 1964, I, 282; P. D'Onofrio, *Commento al codice di procedura civile*, Torino, 1957, I, 581.

[8] Per inciso il Consiglio di Stato dovrebbe essere più consapevole di altri del fatto che l'essere sezioni dello stesso giudice non basta a decidere la questione. Viene immediato ricordare che nel torno di tempo in cui alla IV ed alla V sezione vennero affidate competenze diverse dalla riforma del 1907, fu proprio il Consiglio di Stato, animato dall'idea che le due sezioni dessero vita a giurisdizioni speciali nettamente distinte, a ritenere – contro l'avviso pressoché unanime della dottrina – che non vi potesse essere alcuna sorta di *translatio* nel caso di ricorso rivolto alla IV anziché alla V sezione, ma solo rimessione in termini per errore scusabile. In arg. si rilegga F. D'Alessio, *Rapporti e conflitti fra le due sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Milano, 1912.

[9] Per un'analisi dell'art. 47 c.p.a. si veda ora L. Piscitelli, *Commento sub art. 47*, in Falcon-Cortese-Marchetti, *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, 495 ss.

[10] Per l'origine dell'istituto della *translatio*, nonché per l'analisi della dottrina di Mortara in argomento, sia consentito richiamare A. Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, Milano, 2013 a cui si fa rinvio anche per gli ulteriori temi qui solo evocati.

[11] V. Andrioli, *L'appello avanti a giudice incompetente e l'art. 450 c.p.c.*, in *Giur.it.*, 1946, I, 2, 241.

[12] A. Attardi, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 142 ss. in part. 160 ss.

[13] Per una critica alla tesi di Attardi, cfr. G. Tarzia, *Opposizione a decreto ingiuntivo davanti a giudice incompetente*, in *Giur. it.*, 1963, I, 2, in part. 125 ss.; A. Saletti, *La riassunzione del processo civile*, Milano, 1981, 75 ss. Favorevoli ad applicare l'art. 50 c.p.c. all'appello, tra altri, E.T. Liebman, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1952, n. 139, p. 217; A. Massari, *Del regolamento di giurisdizione e di competenza*, in E. Allorio (diretto da), *Commentario al codice di procedura civile*, Torino 1973, I, 609; S. Chiarloni, *Appello. I) Diritto processuale civile*, *Enc. giur.*, Roma, 1988, II, § 7, p. 4; tra i più recenti, A. Carratta, *Incompetenza del giudice d'appello e translatio iudicii: la parola alle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2016, 1615 e ss.

[14] In un regime processuale, come quello del c.p.c. del 1865, dove il diritto di appellazione della sentenza, in carenza di notifica, era soggetto a prescrizione, il concetto di impedimento della decadenza tecnicamente inteso (ossia secondo alla regola che poi si esprimerà nell'art.2967 dell'odierno codice civile) se applicato al caso dell'appello a giudice incompetente avrebbe comportato il passaggio dal termine di decadenza a quello prescizionale. Lo ricorda, nel contesto di una tesi critica agli insegnamenti di Mortara, G. Scaduto, *Sugli effetti c.d. conservativi della domanda davanti a giudice incompetente*, in *Studi di diritto processuale in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, in part. 747-748. Per ragioni intuibili tale soluzione non trovò riscontro in giurisprudenza (né per il vero in dottrina).

[15] Corte cost. n. 148/2021 annotata da chi scrive in questa *Rivista*, e con nota di E. Romani, *Il regime della rinnovazione delle notificazioni nulle e il declino del principio di autoresponsabilità processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 119 e ss.

[16] 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 ss., in part. 1025.

[17] L'affermazione più nitida, come noto, rimonta a Corte cost., n. 220/1986 (rel. Andrioli): "Il giusto processo civile vien celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti che vi partecipano - siano esse attori o convenuti - ma per rendere pronuncia di merito riscrivendo chi ha ragione e chi ha torto: il processo civile deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale di chiovendiana memoria, né deve, nei limiti del possibile, esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali, e per evitare che ciò si verifichi si deve adoperare il giudice".

[18] Non è qui il caso di intrattenersi sul tema delle difficoltà di coniugare la tecnica della vera *translatio* quando l'errore cade sul mezzo di impugnazione. Basti notare che in qualche caso sembra che mezzo e giudice si identifichino. Eclatante e curioso l'esempio fornito da Cass., 16 gennaio 2004, n. 590, in *Foro it.*, Rep. 2004. Contro una sentenza del giudice di pace si propose un preteso ricorso per Cassazione avanti al Tribunale (!) pretendendo poi di riassumerlo rivolgendosi alla Corte di cassazione. Per qualche indicazione sul tema, sia consentito rinviare ancora a A. Squazzoni, *Declinatoria*, cit., 164 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2650 – 9 febbraio 2023

Regionalismo differenziato e permanenza della specialità*

di Fabrizio Tigano

Sommario: 1. Le origini e le attuali declinazioni del regionalismo in Italia - 2. L'attuazione del disegno costituzionale: alcune riflessioni - 3. Il rapporto tra regioni ed enti locali negli anni '90; l'avvento della riforma costituzionale del 2001 - 4. La difficile attuazione del nuovo Titolo V nell'ambito dei perduranti divari Nord-Sud - 5. Alcuni problemi legati al processo di differenziazione - 6. Le proposte di attuazione dell'art. 116 c. 3 Cost. - 7. Il nuovo rapporto tra autonomia speciale e differenziata - 7.1. Le carenze del regime duale, tra istanze identitarie e funzionaliste - 7.2. La lacunosa disciplina del regionalismo differenziato - 7.3. Le prospettive della differenziazione - 8. La condizione di insularità come recupero della specialità - 9. Brevi considerazioni conclusive.

1. Le origini e le attuali declinazioni del regionalismo in Italia

È noto che il regionalismo italiano abbia attraversato diverse stagioni e che, anzi, sia stato costruito, parafrasando Giorgio Bocca, sulla scorta di un *fil rouge* che è rimasto carsicamente sotto traccia sin dall'unificazione e dal subito tramontare delle proposte federaliste che si sono ripetutamente affacciate - forse ancora oggi è così - senza produrre risultato.

L'unità e indivisibilità della Repubblica, accompagnate dal decentramento discendente centro-periferia - e poi, dopo il titolo V in senso ascendente - nella complessa e tutto sommato riuscita formulazione dell'art. 5 della Carta costituzionale, serba in sé la traccia, l'impronta di una condizione politico-territoriale - e poi anche economica - nella quale le regioni sono sempre esistite.

Il problema è sempre stato *fare gli italiani*, non perchè il senso di appartenenza, dolorosamente consolidatosi anche attraverso conflitti mondiali e guerre d'indipendenza, sia realmente mancato, ma perchè le divisioni territoriali, il retaggio comunale, i particolarismi e le particolarità reali dei territori hanno segnato l'accidentato percorso dell'autonomia nel suo complesso.

In questo contesto, la distanza tra Stato ed enti locali - chiaramente percepibile negli allegati A e B della legge sull'unificazione amministrativa, n. 2248 del 1865 - ha segnato anche la storia del Paese (si pensi a fenomeni come il banditismo ed il brigantaggio).

La creazione di un livello di governo intermedio che fosse in grado di colmare questa distanza, da cui era discesa una ulteriore compressione delle autonomie in epoca fascista, all'indomani del secondo conflitto mondiale costituiva, pertanto, una necessità avvertita trasversalmente ed indeclinabilmente.

La dialettica centro-periferia, all'indomani della scelta di dar corpo ad un ordinamento regionale, d'altro canto, ha aperto la strada ad una concezione della democrazia che fosse fondata dal basso, al di là del fatto che il principio di sussidiarietà troverà consacrazione nel testo costituzionale solo nel 2001, in esito alle c.d. "riforme Bassanini", il cui merito, fosse solo questo il loro portato, resta evidente.

2. L'attuazione del disegno costituzionale: alcune riflessioni

La vicenda regionale - come quella, connessa, dell'autonomia locale - ha seguito un percorso notoriamente accidentato.

Già in sede costituente è stata percepita la necessità di istituire, all'interno del *genus* regionale, *species* diverse di autonomia, una differenziazione *ante litteram* o forse, più semplicemente, una *prima* differenziazione, di cui l'argomento del presente dibattito è - non si sa bene, se ultima - propaggine.

All'interno delle autonomie speciali regionali e di quella provinciale di Trento e Bolzano, tutte legate a ragioni storiche, politiche, amministrative ed economiche, si registrano tempi di attuazione e contenuti *differenziati* sui quali operare una *reductio ad unum* non era affatto semplice.

La Sicilia, in particolare, anche in ragione del fatto che la seconda guerra mondiale vide la sua conclusione reale ed effettiva nell'autunno del 1943 (a differenza delle regioni continentali, soprattutto di quelle più settentrionali, dove si consumarono gli ultimi drammatici momenti del regime, tanto da potersi considerare conclusa convenzionalmente il 25 aprile 1945), *reclamò* da subito - mutuando una espressione particolarmente cara ad Ignazio Marino - una forma di autonomia molto vicina alla secessione.

È, anzi, noto come nell'isola presero vita istanze di emancipazione dal potere centrale che, anticipando di gran lunga quanto avverrà a partire dagli anni '90 nel settentrione, si spinsero fino ad assumere il carattere di veri e propri movimenti secessionisti. A differenza dei moti di Bronte - come noto, inutilmente soppressi nel sangue da Nino Bixio - vi furono esperienze

come la repubblica di Comiso, proclamata il 6 gennaio 1945, che si spinsero a chiedere l'indipendenza e la sovranità (il limite che la Corte costituzionale ha sempre posto anche alla più estrema delle autonomie speciali, tra cui la stessa Sicilia), forse anche la federazione agli Stati Uniti d'America.

Tanto basta per fare della Sicilia - in linea con un retaggio storico caratterizzato da diverse e sempre contrastate dominazioni - un *unicum* nel panorama delle autonomie speciali. Non a caso, lo statuto siciliano risale al 1946 e, al di là del suo "travaso" in legge costituzionale, non è mai stato realmente allineato alla sopravvenuta Carta costituzionale, costituendo, così, per mutuare una espressione cara a Salvatore Raimondi, *privilegio e condanna* del popolo siciliano.

Occorre aggiungere che, in generale, l'attuazione del disegno costituzionale regionale, così come preconizzato all'interno del Titolo V, non è stata più semplice, perchè a lungo fagocitata da una fase politica estremamente complessa, segnata dalla dialettica tra sinistra e partito popolare, risoltasi solo dopo che è apparso chiaro a tutti che i tempi per l'avvento delle prime alla guida del Governo non fossero ancora maturi.

Il disegno regionalista del 1948, inoltre, ha progressivamente mostrato la corda anche nella sua fase di attuazione: le Regioni ordinarie, tardivamente istituite, soprattutto nell'esercizio delle funzioni amministrative hanno finito per duplicare e persino mettersi in competizione con gli enti locali, cui *ordinariamente* era destinato, per il loro tramite, il decentramento preconizzato dall'art. 5 e declinato dall'art.118 della Carta costituzionale.

Si tratta di un tema assai delicato, frutto della – forse ineliminabile – politicizzazione dei centri di potere regionale, ma anche della burocratizzazione delle attività amministrative, mancando così di costituire quel necessario tassello di unitarietà dell'ordinamento che, *e necessitate*, doveva contemplare anche gli enti locali, la cui legge fondamentale, ex art. 128 Cost., è intervenuta solo nel 1990, cioè vent'anni dopo l'istituzione delle regioni ordinarie.

3. Il rapporto tra regioni ed enti locali negli anni '90; l'avvento della riforma costituzionale del 2001

Gli elementi sommariamente ricordati hanno fatto sì che si delineasse - al di là della differenza tra gli statuti - un sistema a più velocità, scoordinato nella sua attuazione – come ebbe modo di rilevare già Calamandrei – ancorchè il disegno avesse una precisa (e condivisibile) logica.

Da un lato, l'istituzione delle regioni a statuto speciale è avvenuto “a singhiozzo” e non sempre in linea con la Carta costituzionale, segnando – come nel caso della Sicilia – addirittura ragioni di contrasto mai risolte; dall'altro lato, l'istituzione delle regioni a statuto ordinario – teoricamente più semplice – ha sofferto di ritardi legati a contingenze storico-politiche dissipatesi solo dopo la metà degli anni '60; dall'altro lato ancora, gli enti locali, veri destinatari dei benefici dell'istituzione dell'ordinamento regionale, sono rimasti relegati – almeno fino all'avvento della legge n. 142 del 1990 (e forse anche dopo) – ad un ruolo marginale, non recuperando il *gap* già segnato dagli allegati a) e b) della legge n. 2248 del 1865 ed in fondo ribadito dal t.u. della metà degli anni '30.

Le esigenze dei territori e dei cittadini sono così rimaste per lungo tempo sullo sfondo di un centralismo mai sopito, che a quello statale ha visto sommarsi quello regionale.

La “spinta” discendente dall’attuazione dell’art. 128 della Costituzione ha segnato, quasi per paradosso, il *de profundis* della medesima norma, nel senso che la tardiva attuazione dello schema originario posto dall’art. 5 e dal titolo V ha fatto sì che, una volta compiuto il quadro, questo, quasi come nel ritratto di Dorian Gray, mostrasse già tutti i segni del tempo.

Le riforme Bassanini, come noto, sono intervenute, soprattutto al fine di dar luogo, dopo la controversa esperienza degli anni ’70, ad un nuovo trasferimento organico di funzioni amministrative, fondato sui principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

Preso atto, però, della difficoltà di operare le riforme “a Costituzione invariata” e del coevo fallimento della Bicamerale D’Alema, pur a colpi di maggioranza, è stata, infine, varata la riforma del Titolo V con la legge costituzionale n.3 del 2001, laddove gli assetti originari sono stati certamente modificati, forse non sconvolti, a dire il vero (della legge n. 3/2001, infatti, esiste una duplice lettura: profondamente riformatrice e riformatrice ma fortemente ancorata a precedenti vocazioni centraliste).

La norma più “ad effetto” è, probabilmente, l’art. 114, che capovolge il regime delle competenze alla luce del principio di sussidiarietà, ponendo, in tesi, sullo stesso piano i diversi livelli di governo in funzione del principio di leale collaborazione, declinato sulla risposta più immediata ed efficace alle varie ed assai complesse realtà territoriali del Paese (tutti aspetti ancora oggi di piena attualità).

Le norme di più forte impatto sono gli articoli da 116 a 120, in quanto disegnano i tratti fondamentali del nuovo regionalismo – almeno, tendenzialmente cooperativo, sicuramente non competitivo nelle intenzioni – riconoscendo un ruolo di maggiore momento al già stanco assetto regionale ordinario, rimasto fagocitato dalla sua tardiva attuazione, dal difficile trasferimento delle risorse e delle competenze, dalle inefficienze di una burocrazia restia ad amministrare ponendosi al centro dei rapporti stato-enti locali. Anzi, il moderno disegno della legge 142 del 1990, dando fortissimo impulso allo sviluppo di Province e Comuni (si pensi, a titolo di esempio, all’elezione diretta dei Sindaci ed alle “primavere” comunali da essa germinata, ma non solo), ha finito per costituire il traino per attribuire nuova linfa alla stessa struttura regionale, ponendo in tratto di dubbio quel “regionalismo di uniformità” che proprio l’art. 116 c. 3 tende a scardinare, al di là delle nuove competenze legislative primarie e del superamento del principio del parallelismo in nome del principio di sussidiarietà.

4. La difficile attuazione del nuovo Titolo V nell’ambito dei perduranti divari Nord-Sud

L’attuazione del nuovo titolo V, come noto, è risultata tutt’altro che semplice, non essendo state dipanate alcune questioni di fondo ancora oggi presenti nel dibattito scientifico (oltreché politico ed economico) che hanno costituito e tuttora costituiscono il limite profondo ed immanente ad ogni tentativo di riforma.

Il divario nord-sud, la complessità dei trasferimenti finanziari provenienti dallo Stato, la relazione con i territori e con gli enti locali, la trasversalità di alcune materie di legislazione concorrente, il mai risolto tema dei diritti sociali e, più in generale, dei diritti fondamentali dei cittadini, la simmetria “possibile e sostenibile” tra le regioni (si pensi, per tutte, alla questione del diritto alla salute), le relazioni con Governo e Parlamento (anche alla luce dell’elezione diretta dei governatori regionali), la debolezza politica delle regioni, convertitesse in centri di gestione e di amministrazione, la sovrapposizione ed il mancato coordinamento delle competenze con gli enti locali, sono solo alcune delle questioni sul tappeto.

Una prima risposta, sulla quale ancora oggi dovrebbe lavorarsi, è stata la legge n. 42 del 2009 sul federalismo fiscale, i cui decreti attuativi, in particolare il n. 216 del 2010, hanno affrontato lo scottante tema della scelta, nel finanziamento pubblico, tra costi storici e costi *standard* in vista della individuazione dei LEP con riferimento ai diritti civili e sociali da realizzare sull’intero territorio ai sensi dell’art. 117 c. 2 lett. m).

Si tratta, però, di un processo che paga fatalmente le crisi che, a partire dal 2008, quasi ininterrottamente, hanno colpito la struttura economica e finanziaria dello Stato, determinando una serie di tagli lineari che hanno colpito in misura assai rilevante le regioni e gli enti locali. Il 2012, in particolare, segna l’avvento di una riforma costituzionale che apre una fase particolarmente faticosa per rientrare nei parametri dell’Euro (e non solo), in funzione di politiche eurounitarie improntate ai parametri dell’austerità accompagnata dalla sollecitazione ad operare riforme profonde per modernizzare e rendere efficiente la macchina amministrativa italiana, a tutti i livelli.

A tale fase è corrisposta, giocoforza, una risposta articolata dei territori e della autorità regionali e locali. Ma, mentre queste ultime hanno subito, per lo più, le difficoltà dell’austerità, ad un tratto, la reazione, tra il 2018 ed il 2019, si è (nuovamente) manifestata da parte di alcune regioni, segnatamente la Lombardia il Veneto e l’Emilia Romagna (ma poi anche di altre, tra cui la Campania), nel rivendicare il proprio ruolo istituzionale attraverso la richiesta di ulteriori e più estese forme di autonomia, differenziandosi dal resto del Paese, facendo appello ad una norma di complessa attuazione come l’art. 116 c. 3 del novello titolo V.

Nasce da qui quello che viene oggi battezzato come “regionalismo differenziato”, che, se rapportato al complessivo disegno costituzionale regionalista, in effetti, costituisce ulteriore differenziazione all’interno di un quadro nel quale campeggiavano (e si differenziavano per qualità degli statuti) le regioni ordinarie e quelle speciali.

Non si devono avere prese di posizione preconcepite su questo punto: le rivendicazioni delle regioni a statuto ordinario sono pienamente legittime sul piano costituzionale (bisognerebbe vedere in quello amministrativo) e forse hanno una logica precisa in un contesto, anche a livello europeo, nel quale una struttura regionale maggiormente protagonista, pur nel rispetto dei limiti dell’interesse nazionale, delle scelte economiche, fiscali e politiche potrebbe costituire un motivo di forza e di sviluppo dei territori, una realizzazione della cittadinanza in armonia con gli artt. 174 e 175 del TFUE e, nel contempo, uno snellimento della struttura centrale, non sempre in grado di provvedere adeguatamente.

Vi è, però, che il regionalismo differenziato non può costituirsi prescindendo dalla risoluzione dei problemi che hanno caratterizzato l’ordinamento regionale nel suo complesso, dal divario Nord – Sud (il recupero del *gap* è, come risulta pacifico da tutte le

relazioni stese sul punto, compresa quella della Banca d'Italia, fondamentale per la crescita del Paese), cui è connesso il corretto riparto delle risorse (finora non paritario), alla previa determinazione dei LEP sulla base dei costi storici e/o *standard*, dal mantenimento di un fondo perequativo, tale da non determinare un regionalismo competitivo e rimanere – come richiede la Corte costituzionale – nell'ambito di un regionalismo cooperativo.

Nel merito, le richieste rischiano di determinare un vero e proprio svuotamento della legislazione concorrente, aspetto che, in sé potrebbe risultare persino paradossale.

Nel metodo, la scelta è caduta – come pare ormai assodato – sull'utilizzo di una legge rafforzata di attuazione dell'art. 116 c. 3, che, però, nelle attuali formulazioni, mostra una sorta di "amministrativizzazione" non del tutto convincente. Immaginare, in particolare, come prevedeva il disegno di legge "Boccia", si possa procedere oltre anche laddove non siano stati previamente determinati i LEP, facendo ricorso ai costi *standard* rischia di fare degenerare il processo di differenziazione, che, in tesi, mira ad ottenere risultati proficui in termini di efficienza e gestione delle risorse, anziché aggravare i divari esistenti, che non servono ad alcuno, anche in termini economici (Castronuovo).

5. Alcuni problemi legati al processo di differenziazione

Sul processo di differenziazione pendono altri problemi di fondo: il suo porsi in controtendenza con le scelte politiche di "accentramento" post Covid 19 ribadite dal PNRR, non avendo, peraltro, le Regioni dato sempre piena prova di riuscire a superare le attuali fasi di crisi (altro discorso è quello della competenza legislativa statale per materia). La pandemia ha certamente evidenziato la necessità di procedere ad una corretta riorganizzazione amministrativa sui territori che, da una parte, agevoli i processi di sviluppo, dall'altro non fagociti i diritti fondamentali dell'intera cittadinanza.

Anche le notevoli risorse destinate al Mezzogiorno dal PNRR, finalizzate allo sviluppo dei territori ed alla salvaguardia dei diritti di cittadinanza, passa attraverso la capacità di operare gli interventi e, concretamente, di "metterli in campo" (Manganaro).

Vi è un'altra obiezione all'immediata attuazione del regionalismo differenziato – fra le tante, non si pensa di esaurirle tutte – ossia il ruolo del principio di sussidiarietà posto dall'art. 118 della Costituzione novellata nel 2001, al centro del quale campeggia il Comune e non la Regione.

L'attuazione del regionalismo differenziato potrebbe dar luogo ad una sorta di riproposizione del parallelismo, ma rovesciato, non consentendo l'attribuzione delle funzioni amministrative ai Comuni. In altri termini, se è forse anche corretta l'idea secondo la quale la dipendenza dallo Stato costituisca la propaggine di un centralismo da scardinare – ancorché attualmente in una delle sue fasi di maggiore fulgore – in nome dell'originario disegno costituente posto dall'art. 5 (rispetto al quale la riforma del 2001 non può dirsi in contrasto), sarebbe stato preferibile riconoscere maggiore rilevanza alla sussidiarietà posta dall'art. 118, prima ancora che giungere a proposte, che, senza la soluzione dei nodi problematici che accompagnano il regionalismo italiano, rischiano di tradursi in ulteriori divisioni, al limite della secessione

(beninteso, non si può parlare di secessione *tout court*), non utili allo sviluppo ed alla crescita dell'Italia.

Ciò per tacere del tema della fiscalità, che, come noto, è agganciata a principi che prescindono dalla produttività dei singoli territori e comunque è improntata alla redistribuzione equa tra tutti, ma anche del fatto che la neutralità del trasferimento non sarebbe facilmente considerabile né garantibile. In tal senso, va ricordato il contributo di Luciano Vandelli, il quale evidenzia la presenza di due pilastri: l'art. 118 in nome della differenziazione adeguatezza e sussidiarietà; quello costituito da *“valori unitari e gli strumenti per la loro tutela, i livelli essenziali, la perequazione e la solidarietà del sistema finanziario, i principi fondamentali nelle materie concorrenti, la leale collaborazione, eccetera ex art. 117 e 119”*.

In altri termini, si tratta di un contesto nel quale ben vengano le richieste autonomistiche delle regioni a statuto ordinario. Ma senza prescindere da una visione complessiva, a pena di determinare una fase nella quale venga ad incrinarsi gravemente, se non proprio a spezzarsi, l'unità dell'ordinamento.

6. Le proposte di attuazione dell'art. 116 c. 3 Cost.

Viene, così, a delinarsi un quadro di luci ed ombre, attraversato dal dubbio che mascherati intenti egoistici dei “più ricchi” vadano a discapito dei “più poveri”.

Si tratta di una *vulgata*, a volte anche echeggiata in alcune affermazioni di carattere politico, a cui non si può e non si deve credere. Lo stesso Ministro Calderoli a più riprese ha chiarito che non si mira affatto a creare divisioni ed ingiustizie tra regioni e territori, ma a promuovere il sistema regionale, quello degli enti locali e lo sviluppo dei territori e del Paese (bisognerà vedere, però, cosa accadrà in concreto).

D'altro canto, sia nella bozza informale sia nel disegno di legge governativo, ciò risulta abbastanza chiaramente, pur con tutta una serie di perplessità che riguardano la stipula ed il valore delle intese e soprattutto il ruolo del Parlamento, a lungo esautorato da decisioni che riguardano l'intera collettività, la cui centralità va recuperata soprattutto in una fase politica nella quale sembrano archiviate le – pur necessarie – esperienze “tecniche” o “di larghe intese”, esperienze di governo non diretto frutto della volontà popolare.

Se, infatti, come insegna la quasi totalità della scienza costituzionale, i governi tecnici, pur pagando in termini di rappresentatività, sono perfettamente legittimi, d'altro canto, la parentesi storica che li ha contemplati è stata forse eccessiva.

La “tecnicizzazione” delle scelte politiche (come, in fondo, di quelle prettamente amministrative), del resto, porta con sé vantaggi e svantaggi: da una parte si tratta di scelte difficilmente discutibili, anche perché sovente necessitate dalla contingenza; dall'altra parte, però, la diretta legittimazione popolare e la possibilità (come è attualmente) di godere di una solida maggioranza (almeno nei numeri), consente di operare scelte “propriamente” espressione dell'indirizzo politico, cui non si vede perché rinunciare.

In un recente disegno di legge presentato dall'opposizione viene segnalato – anche questo è un importante aspetto sul quale riflettere – che diverse materie di legislazione concorrente previste dall'art. 117 (“produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia”, le “grandi reti di trasporto e di navigazione”, le “casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito fondiario e agrario a carattere regionale”) richiedano un diverso riparto delle competenze, anche in funzione dell'attuale nuova fase storica e dei rapporti con l'Unione europea. Ma viene anche ricordato, segnatamente con riferimento alla bocciatura della richiesta regionale di trattenere i 9/10 dei tributi riscossi a livello regionale, che l'autonomia differenziata *“come insegna anche la storia delle regioni a statuto speciale, non può essere considerata un fine in sé, quasi si trattasse di realizzare una statualità propria della regione richiedente, ma come un processo in cui sperimentare il miglioramento delle politiche pubbliche in un quadro di sussidiarietà che non intacchi l'unità nazionale”*. Ovvero, si tratta di *“competenze, quali quelle in materia di politiche attive del lavoro, di integrazione fra politiche attive e politiche passive, di organizzazione delle fondazioni ITS, di realizzazione di un sistema integrato di istruzione professionale e di istruzione e formazione professionale, di sostegno all'internazionalizzazione delle imprese, di governo del territorio funzionale alla rigenerazione urbana e alla prevenzione del rischio sismico”, che le regioni “possono gestire adattandole proficuamente ai diversi sistemi d'impresa che caratterizzano i nostri territori”*.

Nel disegno di legge di cui si tratta – ovviamente, ben più definito della iniziale “bozza Calderoli” del novembre scorso (ma non pare con esso in totale contrasto) – viene precisato che l'attribuzione delle competenze alle regioni presuppone il rispetto degli artt. 118, 2 e 5 della Costituzione, *“sentiti gli enti locali e tenuto conto delle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane definite dalla legislazione statale, ai sensi dell'art. 117 c. 2 lett. p) della Costituzione”*; inoltre, l'attribuzione delle competenze, ove riguardino materie che costituiscano livelli essenziali delle prestazioni (art. 117 c. 2 lett. m) possano essere attribuite alle regioni richiedenti solo dopo la definizione dei LEP.

In ogni caso il Parlamento (dopo una prima fase governativa ove si ha la sottoscrizione dell'intesa), è consultato con l'acquisizione del parere da parte della Commissione parlamentare per le questioni regionali e poi nella fase successiva alla sua sottoscrizione definitiva, con la trasmissione dello schema di disegno di legge di ratifica alle Camere ai sensi dell'art. 116 c. 3, con eventuale previo invio di una relazione dettagliata governativa circa eventuali difformità dalle indicazioni espresse dal Parlamento.

Vi è, poi, il profilo relativo ai LEP, che vanno previamente determinati, entro e non oltre un anno dalla entrata in vigore della legge, nonché il nodo delle risorse strumentali e finanziarie in uno al trasferimento delle competenze alle regioni, in base a quattro fondamentali principi: 1) il rispetto del principio di equilibrio dei bilanci pubblici; b) la tendenziale neutralità finanziaria e il rispetto degli equilibri di finanza pubblica; c) l'integrale copertura delle funzioni, ai sensi dell'art. 119; d) il periodico aggiornamento del quadro finanziario in rapporto all'evoluzione del quadro macro economico, nel rispetto della neutralità finanziaria.

Aspetto sul quale pare ci sia una convergenza tra maggioranza ed opposizione è quello del riferimento ai costi *standard*, ossia le risorse da assegnare in sede di intesa, risorse finanziarie assegnate in termini di compartecipazione al gettito dei tributi erariali del territorio regionale. Fino alla definizione dei costi *standard*, le risorse sono attribuite alla regione con riferimento alla spesa permanente sostenuta dallo Stato per l'erogazione delle corrispondenti funzioni.

Una differenza tra la bozza Calderoli ed il disegno di legge governativo è sul passaggio finale in sede parlamentare.

Mentre l'art. 2 c. 6 della bozza prevedeva la mera approvazione dell'intesa, adesso il riferimento è al solo art. 116 c. 3 della Costituzione. In realtà, il procedimento descritto nel disegno di legge governativo tende dichiaratamente a salvaguardare il ruolo del Parlamento, prevedendo la possibilità di esprimersi con atti di indirizzo. Occorrerà verificare cosa accadrà davvero.

7. Il nuovo rapporto tra autonomia speciale e differenziata

Il 116 c. 3 non va inteso pregiudizialmente come contenente una clausola idonea a fondare un *tertium genus* di regionalismo: si tratta, invero, di uno strumento di razionalizzazione e perfezionamento del regionalismo ordinario, su matrice volontaria, opzionale e non obbligatoria.

Eppure, è stato sostenuto che l'art. 116, introdotto in modo approssimativo ed all'ultimo minuto, costituisca un modo per non affrontare la questione più profonda, che è quella della "federalizzazione" dell'ordinamento (Frosini), da cui dovrebbe discendere, quale primo passo, l'abolizione della specialità, in quanto, in uno stato federale, tutte le regioni sono "speciali".

Da altra parte, poi – ed è una tesi ricorrente – si considera inattuabile l'art. 116 c. 3 perché carente "*di strumenti flessibili di integrazione tra unità e differenziazione, tra competizione e cooperazione*" (Palermo). Il rischio è che "*una volta innescato il meccanismo differenziale, non sarà più possibile tornare indietro, almeno con decisione unilaterale dello Stato*", essendo l'accordo governabile solo attraverso soluzioni politiche e non istituzionali. Si creerebbe, cioè, altra specialità con un procedimento diverso da quello degli Statuti speciali e delle norme di attuazione, queste ultime, caratterizzate da riserva e separazione.

La c.d. "clausola di asimmetria" contenuta nell'art. 116 c. 3 è accompagnata da una serie di previsioni utili a compensare gli effetti negativi che riguardo alla distribuzione delle risorse, potevano scaturire da una differenziazione esasperata: la istituzione di un fondo perequativo generale per i territori con minore capacità fiscale per abitante (art. 119) e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale ex art. 117 c. 2 lett. m).

A ben guardare, però, l'attuazione dell'art. 116 c. 3 non è, almeno formalmente (ma su questo il disegno di legge governativo pare consentire maggiore ottimismo), subordinata alla istituzione del fondo perequativo ed alla fissazione dei LEP: in tesi, dunque, la sua attuazione potrebbe avvenire prescindendone, cioè senza le garanzie necessarie a salvaguardare la coesione economico-sociale del Paese e l'unità nazionale. Il fondo perequativo non è ancora stato istituito e non sono stati fissati in diversi importanti settori i LEP, né è stato applicato il principio dei fabbisogni standard per il calcolo dei costi delle funzioni.

Sta di fatto che il modello cui le regioni a statuto ordinario hanno guardato – anche questa è una *communis opinio*, seppure più fondata della precedente *vulgata* – è quello dell'autonomia

speciale, ancorchè si tratti di un modello astratto, in quanto concretamente attuato in misura diversa da regione a regione. Ciò si ricava anzitutto dalla formulazione del quesito posto nel referendum consultivo del 2017 Veneto (l'unico fatto salvo dalla Corte costituzionale n. 118 del 2015), dal numero di materie (23) in cui è stata chiesta l'attivazione della clausola di asimmetria – non consentendo di parlare di una funzione integrativa e complementare rispetto alla vigente articolazione delle competenze, rinviando all'idea di un vero e proprio statuto speciale – e dalla previsione nelle bozze d'intesa che le modalità per l'attribuzione delle risorse finanziarie, umane e strumentali e le forme di raccordo con le amministrazioni centrali per l'esercizio delle funzioni devolute dovrebbero essere determinate da un'apposita commissione paritetica, simile a quelle previste nelle regioni a statuto speciale.

Viene, però, in dottrina, rilevato che la composizione di queste commissioni è meno garantista delle paritetiche (in quanto ne fanno parte soggetti designati da organi di rappresentanza elettiva anziché dall'esecutivo) e che, a differenza dei decreti di attuazione degli statuti speciali (atti con forza di legge previsti da leggi costituzionali ed emanati dal P.d.R.) gli atti previsti dalle bozze d'intesa sarebbero decreti del P.d.Consiglio, privi di forza di legge e dall'incerta natura, mal celando l'intento di “privatizzare” il trasferimento di funzioni alle regioni, riservandolo al rapporto tra esecutivo nazionale e regionale (Morelli).

L'autonomia differenziata può, dunque, essere intesa come un modo per giungere all'autonomia speciale per altra via rispetto a quella dello statuto speciale di rango costituzionale? E poi: la riforma del 2001 ha, in qualche modo, decostituzionalizzato il procedimento di riconoscimento dell'autonomia speciale?

A questi quesiti si può rispondere in vario modo: la risposta più probabile è quella negativa, dal momento che il costituente ha distinto in modo chiaro tra regioni a statuto speciale e regioni a statuto ordinario.

Altro discorso, ovviamente, è interrogarsi circa la perdurante utilità del regime duale esistente, in quanto integrato da regioni ordinarie differenziate.

Al proposito, in dottrina si è parlato di una nuova “specialità diffusa” (Ruggeri), predicando, cioè l'abbandono del modello duale in nome di nuovi percorsi autonomistici regionali e locali nei quali il tema della coesione politica e sociale, anche per quel che concerne i diritti sociali e di cittadinanza, istituendo fondi perequativi, fissando LEP, sia diversamente articolato. Preso atto dei percorsi possibili cui può dare la stura l'attuazione dell'art. 116 c. 3, infatti, vi è l'opportunità – e persino la necessità – *“di abbandonare una buona volta e senza rimpianto alcuno il vecchio regime duale fondato sull'articolazione dell'autonomia in ordinaria e specie, mirando piuttosto (e decisamente) all'impianto di un sistema complessivo di specialità diffusa, eretto e incessantemente rinnovato con il fattivo concorso delle stesse regioni in forme idonee a salvaguardarne l'autonomia, nella cornice dalla unità-indivisibilità della Repubblica. Si tratta di un percorso che, tuttavia, richiede l'obbligatorio ricorso alla revisione costituzionale, non potendosi aggirare le norme della Carta fondamentale”*.

Si è anche rilevato che l'attuale processo di differenziazione, diversamente da quanto prefigurato nel 2006 e poi nel 2018, segue una prospettiva di differenziazione generalizzata, ponendo in crisi la stessa distinzione rispetto alla tradizionale “specialità”. Nel silenzio dell'art. 116, tale circostanza metterebbe seriamente in discussione l'attuale impianto costituzionale, nel quale vige una ordinarietà governata dal Titolo V, con parziali deroghe per le regioni speciali.

Infine, è stato posto il problema della sostenibilità per la finanza pubblica di un regime differenziato generalizzato.

Insomma, il tema è se sia messa in discussione la stessa sopravvivenza della specialità, oltre alla potenziale integrale disattivazione dell'intero Titolo V, dando ragione a chi sostiene che debba abbandonarsi il regime duale in nome di una specialità diffusa. Unica vera alternativa è l'adeguamento degli statuti (ex art. 10 l. cost. n. 3/2001). Laddove il regionalismo differenziato sconfinasse in quello speciale, del resto, si potrebbe parlare di una surrettizia (e pericolosa) forma di violazione della Costituzione.

In tal senso, è stato rilevato che non è possibile far transitare tutte le Regioni ordinarie nel modello della differenziazione e, d'altro canto, non può porsi un vero e proprio limite quantitativo e temporale senza condurre un discorso maggiormente organico. La rivendicazione generalizzata della differenziazione incide e forse trasforma la stessa forma di Stato, perché diventano oggetto di discussione i modelli regionali. Il modello della differenziazione, dunque, va, molto probabilmente, inserito in un quadro costituzionale già esistente, senza assimilazione al modello della specialità.

Il "116" serve a trasferire ulteriori competenze legislative (o pezzi di esse), quindi il suo impatto è tutt'altro che irrilevante. Se si trattasse solo di trasferire funzioni amministrative sarebbe sufficiente l'art. 118 ed una legge ordinaria, non vi sarebbe ragione di ricorrere al 116 c. 3. In ogni caso, non vi è alcuna obiezione in relazione al fatto che il trasferimento di funzioni legislative coinvolga anche quelle amministrative, come dimostra il previo coinvolgimento degli enti locali in nome, evidentemente, del principio di sussidiarietà.

7.1. Le carenze del regime duale, tra istanze identitarie e funzionaliste

Quali sono, eventualmente, le ragioni che giustificano la permanenza del regime duale? La specialità risponde ad una logica *top down*, discendente e imposta dall'alto, frutto di negoziazione politica; il 116 c. 3 risponde alla logica *bottom up*, giacché l'attribuzione delle condizioni particolari di autonomia discende da una legge approvata a maggioranza assoluta, a seguito di negoziazione politica e sulla base di un'intesa tra lo Stato e la Regione interessata.

Mentre l'autonomia differenziata può essere istituita solo nelle materie indicate dall'art. 117, cui rinvia il 116 c. 3, l'autonomia speciale ha, in potenza, un ambito di estensione più ampio, perché non conosce limiti precostituiti, se non l'inserzione nelle leggi costituzionali di approvazione degli statuti speciali.

Dunque, l'autonomia speciale, in tesi, è complessivamente superiore rispetto a quella differenziata.

Ma quali esigenze le due forme di autonomia sono chiamate a soddisfare? L'autonomia speciale, in tesi, risponde ad una logica prevalentemente identitaria (e forse anche ideologica), quella differenziata ad una visione funzionalista, ossia come strumento per assicurare un'amministrazione efficace ed efficiente.

Sull'autonomia speciale, vi sono tesi opposte: vi è chi la ritiene un caposaldo storico dell'ordinamento italiano (D'Atena), pertanto sottratto alle volizioni politiche contingenti (Silvestri); ma anche chi considera le autonomie speciali come alcune tra le possibili

declinazioni del principio autonomistico di cui all'art. 5, che, come tale, potrebbe trovare diverse (e forse anche più soddisfacenti) realizzazioni (Pajno).

In astratto, i modelli sono distinti: si trovano di fronte forme di autonomia speciale intangibile se non con il procedimento di revisione costituzionale, rispetto a potenziali autonomie differenziate, orientate da parametri di efficienza amministrativa e contenute entro i limiti dell'art. 119.

Ovviamente, passando dall'astratto al concreto, il discorso può trovare altra declinazione, considerato che le istanze identitarie e quelle funzionaliste non stanno in conflitto tra loro e possono anche convergere. La contrapposizione tra la declinazione politico-identitaria e quella funzionalista dell'autonomia *“non deve essere enfatizzata alla luce del fatto che, anche se nella configurazione istituzionale di un livello territoriale di governo, si parte dall'esigenza di soddisfare al meglio gli interessi, non si può prescindere dalle risultanze storico-sociali e dalle intrecciate ragioni economiche legate alla comunità di riferimento”* (Tarli Barbieri).

Le autonomie speciali, a loro volta, non costituiscono una categoria omogenea, nel senso che ogni statuto speciale presenta caratteri propri e peculiari (quelli che giustificano, in linea di principio, la specialità) ed anzi è noto che, per alcune regioni (soprattutto quelle insulari), la specialità ha finito per costituire un freno anziché una risorsa per lo sviluppo dei relativi territori.

Né gli orientamenti del legislatore e del giudice delle leggi hanno mai attraversato stagioni di particolare fulgore, nel senso che le aspirazioni di tutte le autonomie, regionali, ordinarie e speciali, hanno subito, in misura più o meno ampia, gli effetti di una logica orientata più all'omologazione che alla differenziazione.

7.2. La lacunosa disciplina del regionalismo differenziato

Il 116 c. 3 è, indubbiamente formulato in modo non chiaro ed esaustivo: un intervento integrativo e correttivo di stampo costituzionale potrebbe, per vero, risultare molto utile, prima dell'adozione di una legge attuativa, peraltro non richiesta dalla stessa norma. Un intervento con legge costituzionale sarebbe giustificato da più ampie esigenze di sistema e soprattutto dalla necessità di impedire che già sul piano procedurale si producano discriminazioni in base al colore politico del governo della regione interessata alla trattativa, giacché le regole procedurali non possono divenire oggetto di negoziazione politica.

La soluzione prescelta, fin dal 2018, tuttavia è quella della legge quadro, cui paiono coerenti le ulteriori e più recenti proposte. Ma anche tale legge (viene anche fatto riferimento, vista l'iniziativa regionale, all'art. 121 Cost.) non convince del tutto nel senso che non si offre alcun elemento riguardo alla tempistica e soprattutto ai principi cui informare il momento generativo dell'intesa tra Stato e regione.

La clausola di asimmetria, d'altro canto, si ritiene concerna solo le regioni a regime ordinario. A favore di tale tesi, a parte il dato testuale, vi è il fatto che per le regioni a statuto speciale, la via istituzionale è quella che prevede la revisione dei rispettivi statuti con legge costituzionale. Va, però, rilevato che nei due procedimenti la Regione ha un ruolo differente: nel primo caso (revisione costituzionale) meramente consultivo, nel secondo caso più probabilmente paritario. Quindi, se è vero che l'ampliamento dell'autonomia speciale, di

regola, presuppone la revisione degli Statuti, in una prospettiva sperimentale (Morelli) il procedimento di differenziazione potrebbe servire per fare acquisire alle autonomie speciali competenze in materie di cui esse non avessero già la disponibilità. Tali competenze non verrebbero inserite negli statuti speciali, ma nulla impedirebbe, in caso di accordo politico con lo Stato, che tali competenze trovino inserimento in seguito negli statuti, in ossequio, peraltro, alla clausola di maggior favore prevista dalla legge cost. 3/2001, in quanto l'introduzione nello statuto speciale della previsione di una delle competenze oggetto di differenziazione, dopo un "periodo di prova", rafforzerebbe, in via transitoria, la competenza stessa.

A questo si obietta che l'art. 10 varrebbe solo per le condizioni di autonomia di cui al Titolo V e non anche per quelle poste dall'art. 116 c. 3: di contro può osservarsi che la differenziazione è prodotto logico e diretto dell'attuazione del 116 c. 3, sicché non si vede perché escludere la possibilità di avvalersi della procedura che lo riguarda, ponendosi, a ben guardare, in contrasto con la *ratio* della stessa clausola di maggior favore, in quanto sarebbe impedito transitoriamente, in attesa della revisione degli statuti, alle regioni speciali di avere accesso al regionalismo differenziato.

Peraltro, l'art. 11 della legge n. 131/2003, nel richiamare l'art. 10 della legge costituzionale n. 3/2001 precisa che *"le Commissioni paritetiche previste dagli statuti delle Regioni a statuto speciale, in relazione alle ulteriori materie spettanti alla loro potestà legislativa ai sensi dell'articolo 10 della citata legge costituzionale n. 3 del 2001, possono proporre l'adozione delle norme di attuazione per il trasferimento dei beni e delle risorse strumentali, umane e organizzative, occorrenti all'esercizio delle ulteriori funzioni amministrative"*. Le norme di attuazione, in applicazione dell'art. 10 possono prevedere altresì *"disposizioni specifiche per la disciplina delle attività regionali di competenza in materia di rapporti internazionali e comunitari"*. Secondo D'Atena, *"una volta rovesciata l'enumerazione delle competenze legislative, il mantenimento dell'autonomia speciale nella sua originaria consistenza avrebbe posto gli enti che ne erano dotati in posizione deteriore rispetto agli altri. Per l'evidente ragione che le competenze individuate dai rispettivi statuti, con tecnica enumerativa, avevano un'estensione decisamente inferiore rispetto a quelle assicurate alle regioni ad autonomia ordinaria dalla clausola residuale"*.

7.3. Le prospettive della differenziazione

Il regionalismo differenziato, nato in chiave funzionalista, attualmente ha finito per assumere una valenza simbolica ed identitaria, in vista del raggiungimento dell'autonomia speciale. Su questo nessuna obiezione, come si è detto. E tuttavia, una volta avviato il processo di differenziazione, la "via del ritorno" pare preclusa, anzi non è proprio prevista, evidenziandosi così una evidente lacuna normativa. Nonostante, infatti, sia prevista una revisione periodica dell'intesa dopo un decennio dall'entrata in vigore della legge attributiva delle nuove forme di autonomia, il ritorno al passato porrebbe enormi problemi pratici (anche nella riorganizzazione degli uffici) e sarebbe certamente interpretato come una sorta di spoliazione da parte del centro rispetto alla regione. Una legge costituzionale che disciplinasse questo passaggio sarebbe, quindi, auspicabile, potendo costituire, peraltro, parametro di legittimità costituzionale.

Una volta attuata la differenziazione, del resto, non è prevedibile immaginare quali conseguenze si avrebbero nelle relazioni con le regioni a statuto speciale.

Deve immaginarsi la crescita del contenzioso dinanzi alla Corte costituzionale, la quale potrebbe fare ricorso a tutta la precedente giurisprudenza in tema di leale collaborazione, ragionevolezza e proporzionalità, per assicurare istanze unitarie, ridimensionando gli effetti della differenziazione in nome dell'interesse nazionale.

Un problema non secondario potrebbe porsi in rapporto alla tenuta economica complessiva del Paese, laddove si manchi di valorizzare le regioni della solidarietà interterritoriale.

8. La condizione di insularità come recupero della specialità

Le ragioni della specialità, soprattutto per le regioni insulari (Sicilia e Sardegna) trovano oggi particolare ed ulteriore fondamento in funzione del riconoscimento della condizione di insularità, le cui caratteristiche geografiche, economiche, demografiche e sociali sono assolutamente specifiche, sfidando le stesse politiche europee in ragione del mercato limitato e della difficoltà di realizzare economie di scala. Si pensi ai costi di trasporto sicuramente più elevati, alle relazioni inter-industriali, ai deficit di infrastrutture e di offerta di servizi per le imprese (rispetto alle realtà continentali), alla compressione dei servizi sociali e formativi ai cittadini, nonché in relazione ai recenti fenomeni migratori. Le misure di riequilibrio e di perequazione per la condizione geografica e di discontinuità territoriale devono consentire pari opportunità di sviluppo e accesso al mercato unico europeo anche rispetto alle altre regioni. Insularità e perifericità producono un incremento dei costi e creano ritardi e debolezze nel processo di sviluppo e coesione (Armao).

Significativa, sul punto la sentenza n. 9 del 2019 della Corte costituzionale per la quale il fattore insulare va declinato opportunamente sia sul piano dell'identità e specialità, sia con riferimento alle opportunità di studiare e lavorare, come anche di assicurare la libera circolazione dei beni, dei trasporti e delle persone garantendo l'esercizio dei loro diritti economici. La Corte costituzionale ha, infatti, ritenuto illegittimo l'art. 1 c. 851 l.n. 205/2019 *“nella parte in cui non prevede, nel triennio 2018-2020, adeguate risorse per consentire alla regione autonoma Sardegna una fisiologica programmazione nelle more del compimento, secondo canoni costituzionali, della trattativa finalizzata alla stipula dell'accordo di finanza pubblica”*. La Corte, peraltro, aveva già ritenuto necessario un rapporto di leale collaborazione con le autonomie territoriali nella gestione delle politiche di bilancio (c.d. “tirannia” della ragione erariale). Il meccanismo della priorità dell'intervento finanziario, sempre secondo il Giudice delle leggi, connota *“il principio dell'equilibrio dinamico come giusto temperamento, nella materia finanziaria, tra i precetti dell'articolo 81 della Costituzione, la salvaguardia della discrezionalità legislativa e l'effettività delle pronunce del giudice costituzionale”*.

Quanto alla condizione di insularità, pur essendo venuto meno l'esplicito riferimento un tempo contenuto nell'art. 119 c. 3 Cost., resta il dato normativo costituito dall'art. 27 della l.n. 42/2009 che garantisce l'adozione di meccanismi di perequazione fiscale ed infrastrutturale volti a garantire il riequilibrio dei divari: *“in relazione alla mancata ridefinizione delle relazioni finanziarie tra Stato e regione autonoma .. secondo i canoni fissati dall'art. 27 della legge n. 42 del 2009, va sottolineata come, a quasi dieci anni dall'emanazione di tale legge, il problema dell'insularità non sia mai stato preso in considerazione ai fini di ponderare complessivamente le componenti di entrata e di spesa dell'autonomia territoriale”* dato lo svantaggio economico determinato da tale condizione.

In tal senso, depongono le norme del TFUE, segnatamente l'art. 174 in tema di coesione sociale, economica e territoriale, al fine di ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle Regioni attraverso il rafforzamento delle politiche di coesione, con particolare attenzione alle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali, come le isole.

9. Brevi considerazioni conclusive

Il percorso del regionalismo differenziato è tuttora *in fieri*, avendo conosciuto nuova e significativa accelerazione sul piano politico.

Le perplessità riguardano, da un lato, la (in)completezza dell'art. 116 c. 3 della Carta costituzionale ed il modo migliore per darvi attuazione; dall'altro, gli effetti che ne possono derivare sul piano istituzionale e delle relazioni fra i livelli di governo.

Le regioni a statuto speciale solo apparentemente – cioè, perché il 116 c. 3 ad esse non fa riferimento – sono spettatrici di questo processo, ma, a ben guardare, ne sono coinvolte sotto molteplici profili, forse anche in forza dell'apposita clausola (art. 10) contenuta nella legge costituzionale n. 3/2001.

Ci si chiede, in primo luogo, cosa ne sarà dell'originario *dualismo* tra autonomia speciale ed ordinaria: in particolare, quali effetti potrà produrre, nelle reciproche relazioni, questo sensibile mutamento di assetto sia in termini di funzioni legislative, sia con riferimento a quelle amministrative.

Ci si chiede, in secondo luogo, se, una volta attuato il regionalismo differenziato, abbia ancora senso distinguere tra regioni a statuto ordinario e speciale, se, cioè, come pure sostenuto in dottrina, si dovrà pervenire ad una “*specialità diffusa*”, la cui attuazione, però, richiede *e necessitate* una riforma costituzionale.

Ci si chiede, in terzo luogo, cosa ne sarà delle relazioni tra regioni, Stato ed Unione europea, se, cioè, l'autonomia differenziata determinerà un differente assetto, in grado di conferire alle regioni “differenziate” una “speciale” qualità ed un nuovo ruolo nella interlocuzione con gli organi comunitari.

Ci si chiede, infine, se, al di là delle buone intenzioni (la buona fede si presume), l'attuazione del regionalismo differenziato prelude a (o, comunque, finisca per) minare gli equilibri profondi del Paese – soprattutto quelli economici e sociali, considerato l'enorme e crescente divario Nord/Sud – preservati fino ad oggi, da singole e specifiche, quanto giustificate, specialità e se questo sia il tempo per rivendicare nuova autonomia o esercitare bene quella che già si ha.

*L'articolo riproduce l'intervento al seminario tenuto nell'ambito de *I Lunedì di Giustiziasinsieme* il 9 gennaio 2023 sul tema *Novità e possibilità dell'autonomia differenziata nelle più recenti proposte di riforma*.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, maggio – giugno 2023

Il risarcimento del danno provocato dall'amministrazione nazionale per violazione della disciplina sulla qualità dell'aria: una questione ancora aperta

di Giulia Torta

Sommario: 1. Introduzione – 2. L'ingiustizia e la prospettiva dei diritti – 3. La sentenza della Corte di Giustizia del 22 dicembre 2022 nella causa C-61/21 – 3.1. Le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott – 3.2 Le conclusioni della CGUE – 4. Conclusione: le ricadute concrete della sentenza sulla causa C-61/21

1. Introduzione

Sotto la spinta dei numerosi contributi scientifici che si sono dedicati ad approfondire il tema dell'inquinamentoⁱ, la consapevolezza sulle conseguenze nocive per la salute umana e per l'ambiente e sui corrispondenti costi economici si è progressivamente diffusa ed è ormai ampiamente consolidata nell'opinione pubblica, a livello sia nazionale che globaleⁱⁱ. Per comprendere fino in fondo i rischi connessi all'inquinamento, tuttavia, è necessaria un'impostazione sistemica che percepisca e valorizzi anche agli impatti dell'inquinamento sulla vita umana nel suo complesso, guardando, dunque, anche al di là della dimensione puramente sanitariaⁱⁱⁱ.

In questa prospettiva, il Principio 1 della Dichiarazione, adottata a conclusione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano^{iv}, che afferma l'esistenza di “*un diritto fondamentale alla libertà, eguaglianza e adeguate condizioni di vita, in un ambiente di qualità che permetta una vita di dignità e benessere*”, ha rappresentato la base concettuale su cui fondare, negli anni,

il riconoscimento dell'interdipendenza e dell'interrelazione esistente tra diritti umani e ambiente. Nel 2009^v, poi, si è riconosciuta ufficialmente la connessione esistente tra il contrasto all'inquinamento e la promozione dei diritti umani, mettendo in evidenza come il primo^{vi} inevitabilmente produca implicazioni dirette sul godimento dei secondi^{vii}. Nel 2021, inoltre, con la Risoluzione 48/13 del *Human Rights Council*, si è giunti all'esplicito riconoscimento del diritto ad un ambiente salubre, inteso come il diritto umano ad un ambiente pulito, sano e sostenibile. È essenziale sottolineare, peraltro, che il riferimento esplicito, nel testo della Risoluzione, ad un "riconoscimento" del diritto, piuttosto che ad un'attribuzione o ad un'enunciazione, ha un effetto implicito cruciale, poiché include il diritto in questione nel novero di quelli che sono ontologicamente tali in quando connessi al concetto condiviso di dignità umana^{viii}.

Se, dunque, la correlazione esistente tra inquinamento e godimento dei diritti umani appare, oggi giorno, chiara ed innegabile, è decisamente più complesso stabilire quali siano le conseguenze di questa correlazione sotto il profilo strettamente giuridico. Da un lato, infatti, occorre verificare se, ed eventualmente in che misura, gli effetti nocivi dell'inquinamento possano essere qualificati come violazioni dei diritti umani da sanzionare e risarcire. Dall'altro lato, poi, è necessario chiarire se, ed eventualmente in che misura, gli effetti nocivi dell'inquinamento, in quanto qualificati come violazioni dei diritti umani, possano essere imputati allo Stato o ad altri enti pubblici che abbiano mancato di adottare piani adeguati alle esigenze di contenimento dell'inquinamento o siano stati incapaci di rispettare i limiti alla dispersione di inquinanti imposti dalla normativa a tutela dell'ambiente. Conseguentemente, è necessario acclarare se ciò può far sorgere, in capo allo Stato o all'amministrazione, una responsabilità per lesione di una posizione giuridica tutelata riconducibile direttamente al cittadino, in modo tale da legittimare quest'ultimo ad avanzare, in sede giurisdizionale, una richiesta di risarcimento del danno.^{ix}

2. L'ingiustizia e la prospettiva dei diritti

Dal punto di vista giuridico, il progressivo consolidarsi della certezza scientifica circa i rischi concreti dell'inquinamento per la salute umana e la tutela dell'ambiente non si è tradotto nell'adozione di un approccio legislativo univoco alla questione né, tanto meno, ha chiarito l'attribuzione di eventuali responsabilità giuridiche alle amministrazioni pubbliche inerti o inadempienti.

Come emerge dall'analisi della legislazione nazionale ed internazionale, infatti, il panorama normativo è sempre stato caratterizzato da una forte frammentazione, contraddistinta dal susseguirsi di disposizioni finalizzate alla risoluzione di problematiche specifiche, e non si è mai arrivati concretamente all'introduzione di un regime sistemico di protezione dell'ambiente come risorsa naturale in sé. Inoltre, se è vero che, sin dalla Conferenza di Copenaghen del 2009, l'approccio restrittivo (fondato unicamente sull'introduzione di divieti e tradizionalmente tipico delle fonti normative internazionali destinate a contrastare e contenere l'inquinamento nelle sue varie forme) è stato progressivamente abbandonato in favore di un approccio proattivo (fondato invece sull'introduzione di obblighi gravanti sugli

Stati di procedere all'adozione di piani nazionali e normative *ad hoc*), i diritti dei singoli e delle comunità sono rimasti comunque relegati a margine.

Nonostante l'approccio proattivo sia senza dubbio più apprezzabile rispetto a quello puramente restrittivo, peraltro, anche questa strategia non risulta particolarmente efficace se si considera che il contenuto delle misure adottate dagli Stati risulta spesso insufficiente e scarsamente contestualizzato poiché, generalmente, ampiamente in ritardo rispetto all'accelerazione del cambiamento climatico ed all'aggravarsi dell'inquinamento. Anche questa impostazione, dunque, mostra alcuni evidenti limiti ed ha urgente bisogno di un rinnovamento che garantisca, tra l'altro, il giusto riconoscimento e la tutela diretta ai diritti dei singoli e delle comunità.

A fronte di un tale quadro giuridico, la sensazione che si è gradualmente diffusa nell'opinione pubblica è stata quella di una generale malcelata insoddisfazione per l'inefficacia delle politiche pubbliche in questo particolare ambito, che a sua volta determina un senso di ingiustizia eco-sociale su un piano tanto globale quanto locale. E' tuttavia da evidenziare, però, che, storicamente, l'esperienza umana dell'ingiustizia è un elemento essenziale del cambiamento, poiché rappresenta, in molti casi, il punto di partenza del tumultuoso percorso *bottom up* che porta all'affermazione dei diritti^x. Sin dalla metà dei primi anni 2000, quindi, il progressivo innesto della prospettiva dei diritti nella discussione sul cambiamento climatico ha avuto l'effetto di vera e propria "chiamata alle armi"^{xi} per vari *stakeholder*, che si sono fatti carico di promuovere una progressiva traslazione della questione dal piano politico al piano giudiziario, utilizzando il linguaggio normativo dei diritti.

Nell'ultimo decennio, infatti, ha preso sempre più piede il fenomeno del "contenzioso climatico"^{xii}, finalizzato a sostenere un mutamento di prospettiva: dalla mera protesta civile e politica circa l'ineffettività dell'azione legislativa ed amministrativa nazionale ed internazionale, al riconoscimento ed alla valorizzazione del piano soggettivo dei diritti umani e fondamentali^{xiii}.

Il "contenzioso climatico" è senza dubbio un fenomeno proteiforme, capace di raccogliere sotto un'unica formula situazioni tra loro molto diverse il cui elemento di comunanza, però, è rappresentato dall'obbiettivo perseguito: porre al centro del dibattito pubblico sulla questione climatica e la salubrità ambientale, non solo a livello politico ma a livello propriamente giuridico, i diritti degli individui e delle comunità, demandando al giudice il compito di verificare le ragioni della pretesa vantata in giudizio e, una volta accertato che essa configura una lesione dei diritti riconosciuti dall'ordinamento, quantificare un risarcimento.

Le ragioni in fatto e in diritto che, alla luce della norma di legge invocata, hanno l'effetto di costituire il diritto soggettivo da far valere in giudizio con la domanda proposta possono comprendere, ad esempio, le inadempienze degli Stati o delle multinazionali in merito ad obblighi climatici e di tutela ambientale derivanti da un combinato di norme nazionali e internazionali, ed in questi casi, la connessa domanda di tutela giurisdizionale rivolta

al giudice nei confronti della parte convenuta generalmente comprende una richiesta di risarcimento del danno subito. Tuttavia, trattandosi di un fenomeno estremamente variegato, la *causa petendi* e il *petitum* delle azioni legali promosse possono essere anche estremamente vari.

Naturalmente, questa strategia, che è possibile riconoscere in tutti i contenziosi instaurati in Europa^{xiv} innanzi a giudici nazionali o innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), si àncora all'essenza stessa del concetto di diritto, poiché è pacifico che i diritti richiedano all'apparato statale ed amministrativo di porre in essere comportamenti attivamente finalizzati a garantirne sia la tutela sia la concreta realizzazione^{xv}. È inoltre altrettanto condiviso che i diritti siano concetti in costante evoluzione, interpretabili ed adattabili, per consentire all'ordinamento di reagire adeguatamente alle nuove ingiustizie che l'inesauribile dinamismo sociale produce, contribuendo incessantemente all'inesorabile e perpetuo avanzamento della comunità^{xvi}.

Tuttavia, proprio quando la controparte resistente è la pubblica amministrazione, questa logica incontra, nell'ordinamento italiano, difficoltà di tipo squisitamente giuridico nel momento in cui sono dubbi: 1) l'individuazione della norma attributiva del diritto; 2) l'inquadramento della posizione giuridica vantata dal ricorrente nel novero dei diritti soggettivi o degli interessi legittimi; 3) la definizione chiara del nesso causale univoco tra condotta omissiva o commissiva dell'amministrazione e danno per il privato, cui ancorare la richiesta di risarcimento.

3. La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 22 dicembre 2022 sulla causa C-61/21

Tra le decisioni giurisprudenziali che sono destinate ad avere un forte impatto sulle politiche ambientali future dell'Unione, sull'affermazione dei diritti individuali dei singoli e sull'affermazione del diritto al risarcimento del danno da parte del privato subito a seguito di azione od omissione della pubblica amministrazione, si inserisce senza dubbio la sentenza del 22 dicembre 2022 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE)^{xvii} che ha deciso la causa C-61/21 avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)^{xviii}, dal giudice francese della *Cour administrative d'appel de Versailles*.

La domanda promossa dal giudice francese alla CGUE, nello specifico, prende le mosse da una controversia avviata in sede statale tra un privato e l'amministrazione pubblica francese nell'ambito della quale il primo ha convenuto in giudizio il *Ministre de la Transition écologique* (ndr. Ministro della transizione ecologica, Francia) e il *Premier ministre* (ndr. Primo ministro, Francia) per ottenere l'annullamento di quella che viene qualificata come una decisione implicita di diniego del Prefetto del *Val-d'Oise* (Francia) relativamente all'adozione delle misure necessarie alla mitigazione degli effetti dell'inquinamento atmosferico^{xix} nella zona di

sua competenza, come invece dovrebbe avvenire in ottemperanza a quanto richiesto dalla normativa europea in tema di tutela della qualità dell'aria^{xx}.

Tale omissione, secondo la ricostruzione del ricorrente, fa sì che il livello dell'inquinamento persista inalterato e, poiché ciò ha l'effetto di esacerbare i problemi di salute di cui questi già soffre, peggiorandone la qualità della vita, lo legittima a chiedere all'amministrazione francese il risarcimento dei danni subiti. Il ricorrente fonda la propria pretesa sul contenuto della direttiva 2008/50/CE^{xxi} del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla qualità dell'aria ambiente^{xxii} in Europa, facendo riferimento, in particolare, al disposto degli articoli 13, paragrafo 1^{xxiii}, e 23, paragrafo 1^{xxiv} che introducono, da un lato, il concetto di valore limite e, dall'altro, l'obbligo di adottare piani per contenere l'inquinamento e garantire che i valori soglia non siano superati.

Di fronte ad una pretesa così articolata, che è già stata respinta in primo grado dal *Tribunal administratif de Cergy-Pontoise* (ndr. Tribunale amministrativo di Cergy-Pontoise, Francia) e per la cui risoluzione è imprescindibile una corretta interpretazione della normativa euro-unitaria, il giudice amministrativo nazionale francese di secondo grado ha quindi ritenuto di proporre un rinvio pregiudiziale direttamente alla CGUE, che è il soggetto giuridico deputato all'interpretazione delle norme europee, proponendo i seguenti quesiti: “1) Se le norme applicabili del diritto dell'Unione europea derivanti dalle disposizioni di cui all'articolo 13, paragrafo 1 e all'articolo 23, paragrafo 1 della direttiva[2008/50], debbano essere interpretate nel senso che attribuiscono ai singoli, in caso di violazione sufficientemente qualificata da parte di uno Stato membro dell'Unione europea degli obblighi che ne derivano, un diritto a ottenere dallo Stato membro in questione il risarcimento dei danni causati alla loro salute che presentano un nesso di causalità diretto e certo con il deterioramento della qualità dell'aria. 2) Ammesso che le disposizioni sopra menzionate siano effettivamente idonee a far sorgere un siffatto diritto al risarcimento dei danni alla salute, a quali condizioni sia subordinato il riconoscimento di tale diritto, per quanto riguarda in particolare il momento in cui si deve ritenere avvenuto l'inadempimento imputabile allo Stato membro di cui trattasi.”^{xxv}

3.1. Le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott

L'Avvocato Generale (AG) presso la CGUE, Juliane Kokott, investita della causa, ha proposto alla Corte, nelle sue conclusioni, il proprio parere tecnico sulla vicenda ed ha sostenuto, con limpida chiarezza argomentativa e nella piena consapevolezza della portata potenzialmente dirompente della questione oggetto della causa C-61/21, una tesi favorevole al privato ricorrente^{xxvi}.

Considerate le tre condizioni che legittimano il diritto al risarcimento del danno per violazione della normativa comunitaria da parte dell'amministrazione statale (ovvero la presenza di una disciplina direttamente applicabile in favore dei privati, la presenza di una violazione qualificata imputabile allo Stato membro e la presenza di un nesso causale diretto tra violazione qualificata e danno patito dal privato^{xxvii}), infatti, l'AG articola un ragionamento lineare e dettagliato che si sofferma, dapprima, sulla questione della diretta

applicabilità della direttiva 2008/50/CE e delle altre norme europee applicabili *ratione temporis* e, successivamente, sulla determinazione degli elementi che connotano una violazione qualificata da parte dello Stato francese e l'attivazione del nesso causale diretto.

Sotto il profilo della diretta applicabilità delle norme europee richiamate, l'AG mette in evidenza come sia assolutamente legittimo ritenere che la violazione dei valori limite per la tutela della qualità dell'aria previsti dal diritto dell'Unione faccia sorgere, in capo al privato, un diritto al risarcimento del danno patito, dal momento che tali norme sono caratterizzate da sufficiente chiarezza.^{xxviii} E' infatti necessario, ad opinione dell'AG, valorizzare la *ratio* che sta alla base delle norme sulla qualità dell'aria, concepite per tutelare in modo adeguato determinate categorie di abitanti degli Stati membri che vivono o lavorano in zone particolarmente inquinate e che, dunque, sono direttamente interessati dal superamento dei valori limite o dal rischio di superamento dello stesso^{xxix}, evitando banalizzazioni che rimandano ad un concetto di salute umana generalista, privo di un contenuto non effettivamente individuato o individuabile.

Quanto, poi, alla determinazione dell'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata del diritto dell'Unione, l'AG richiama gli elementi che il giudice nazionale deve valutare per formare il suo convincimento^{xxx} e conclude, sulla base dell'analisi delle disposizioni della direttiva 2008/50/CE e delle direttive che l'hanno preceduta, che un superamento dei valori limite per la qualità dell'aria ambiente, in assenza di un adeguato piano per porvi rimedio, costituisce una violazione qualificata del diritto dell'Unione, idonea a dar luogo a risarcimento. In proposito, inoltre, l'AG specifica anche che, pur nel caso in cui le autorità amministrative competenti dei singoli Stati avessero provveduto a adottare un piano in ottemperanza alle norme comunitarie, potrebbe comunque integrarsi una violazione sufficientemente qualificata del diritto dell'Unione qualora il piano in questione fosse viziato da un uso scorretto della discrezionalità finalizzato ad aggirare, sotto il profilo sostanziale, gli obblighi imposti dalla normativa. Tale evenienza potrebbe verificarsi, ad esempio, quando, nel prevedere un periodo di tolleranza del superamento dei limiti degli inquinanti nell'aria, non si vincoli l'amministrazione ad agire nel più breve tempo possibile, oppure in tutti quei casi in cui i mezzi predisposti dai piani per rimediare al superamento dei limiti abbiano carattere manifestamente inadeguato; altri casi esemplari di un esercizio scorretto della discrezionalità da parte dell'amministrazione, inoltre, potrebbero verificarsi nei casi in cui i punti di campionamento su cui si basano i piani siano palesemente mal posizionati o, ancora, laddove le tecniche di modellizzazione, su cui si basano i piani, contengano errori gravi che non permettono di comprendere l'effettiva entità del superamento dei valori limite.^{xxxi}

Da ultimo, per ciò che concerne il nesso causale diretto tra la violazione qualificata del diritto dell'Unione a tutela della qualità dell'aria ed i danni concreti alla salute dei privati, pur ricordando che anche questa valutazione spetta ai giudici nazionali che devono attenersi al livello probatorio richiesto dall'ordinamento di appartenenza, l'AG delinea tre elementi la cui contemporanea sussistenza avvalora la tesi dell'esistenza di un rilevante nesso causale diretto. Il soggetto leso, infatti, deve poter dimostrare: 1) di avere

soggiornato, per un periodo di tempo apprezzabilmente lungo sotto il profilo medico-scientifico, in un ambiente in cui i valori limite sono stati violati in misura rilevante; 2) di soffrire di un danno alla salute ritenuto riconducibile, dal punto di vista medico-scientifico, all'inquinamento atmosferico di cui trattasi; 3) che, nel suo caso specifico, l'aver soggiornato per un periodo di tempo apprezzabilmente lungo in un ambiente malsano, poiché caratterizzato dall'elevata presenza di inquinanti nell'aria, ha determinato al ricorrente l'insorgere (o l'esacerbarsi) di una o più patologie riconducibili, sotto il profilo medico-scientifico, alla forma di inquinamento atmosferico presente. Inevitabilmente, segnala l'AG, "ciò richiederà perizie mediche periodiche, che dovranno certamente tenere conto anche delle basi scientifiche della fissazione dei valori limite e delle raccomandazioni, talvolta ancora più rigide, dell'Organizzazione Mondiale della Sanità"^{xxxii}.

Da questa ricostruzione emerge con chiarezza che, tra le tre condizioni cumulative che devono sussistere perché i soggetti privati possano ottenere un risarcimento del danno causato da un'amministrazione statale che non ha rispettato (in modo omissivo o commissivo) le norme comunitarie, la più difficile da valutare è senza dubbio la terza, ovvero l'esistenza di un nesso causale diretto tra la grave violazione e lo specifico danno subito.

3.2. Le conclusioni della CGUE

A differenza delle conclusioni dell'Avvocato Generale, la sentenza della Corte, riunitasi in Grande Sezione in ragione della rilevanza della causa^{xxxiii}, propone una interpretazione del diritto dell'Unione sfavorevole alla pretesa del privato.

Sebbene, infatti, la Corte si allinei ai suoi precedenti nel riconoscere che il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili è inerente al sistema dei Trattati^{xxxiv}, che questo principio si applica a qualsiasi caso di violazione del diritto dell'Unione da parte di uno Stato membro, indipendentemente dall'autorità pubblica responsabile di tale violazione^{xxxv}, e che il diritto del privato al risarcimento del danno sorge non solo nei casi in cui una disposizione del diritto dell'Unione espressamente lo attribuisce, ma anche in relazione agli obblighi positivi o negativi che la medesima impone in maniera ben definita sia ai singoli sia gli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione^{xxxvi}, nel caso di specie la Corte ritiene che la richiesta di risarcimento del danno avanzata dal privato non abbia fondamento.

In particolare, pur riconoscendo che le norme della direttiva 2008/50/CE e delle direttive precedenti (1980/779/CEE, 1985/203/CEE, 1996/62/CE e 1999/30/CE) prevedono obblighi sufficientemente chiari e precisi nel definire il risultato che gli Stati membri devono raggiungere ed assicurare, ad avviso della Corte tali strumenti giuridici non hanno anche la funzione di attribuire un diritto ai singoli, essendo unicamente rivolti alla protezione della salute della comunità umana e dell'ambiente nel suo complesso.

Una tale ricostruzione, che fa evidentemente venir meno la prima delle tre condizioni cumulative necessarie per poter affermare la legittimità della richiesta di

risarcimento del danno vantata da un soggetto privato, sostanzialmente azzera qualunque possibilità di argomentare sul merito della richiesta di risarcimento. Al massimo, chiosa la Corte, le persone fisiche o giuridiche direttamente interessate da un rischio di superamento di valori limite o di soglie di allarme potranno sfruttare la facoltà che è loro riconosciuta di rivolgersi ai giudici nazionali competenti per ottenere un provvedimento che imponga all'autorità amministrativa di adempiere all'obbligo di *facere* introdotto dalla direttiva europea, predisponendo così un apposito piano d'azione per la tutela della qualità dell'aria conforme a quanto richiesto dall'articolo 23, paragrafo 1, secondo comma.

4. Conclusione: le ricadute concrete della sentenza sulla causa C-61/21

La sentenza della Corte di Giustizia sulla causa C-61/21, sebbene non decida nel merito la controversia (la cui soluzione, chiusasi la parentesi del rinvio pregiudiziale, spetta comunque al giudice nazionale), avrà senza dubbio una serie di conseguenze significative sulle cause ambientali e climatiche già in corso e su quelle future, qualificandosi come un precedente favorevole alla posizione degli Stati membri resistenti con effetto vincolante non soltanto per il giudice del rinvio, ma anche per gli altri giudici nazionali investiti di questioni analoghe.

La sensazione che prevale ad una prima lettura della sentenza, tuttavia, è quella di un'occasione persa per la giurisprudenza euro-unitaria, che rinuncia a cogliere e valorizzare le esigenze di evoluzione del livello di tutela dei diritti fondamentali che caratterizza ormai, da molti anni, il panorama internazionale ed europeo.

Nell'ambito delle politiche dell'Unione Europea, infatti, la questione del miglioramento della qualità dell'aria è all'ordine del giorno da decenni e, nonostante una strategia normativa disorganica, le discipline europee in materia hanno comunque avuto l'apprezzabile merito di introdurre valori limite vincolanti per numerosi inquinanti connessi ad obblighi proattivi gravanti sugli Stati membri.

Non è, perciò, al passo con i tempi ritenere verosimile quell'interpretazione della normativa a tutela della qualità dell'aria che concepisce unicamente un interesse alla salute umana di carattere collettivo, senza ammettere alcuna possibilità di individuazione concreta di soggetti potenzialmente in condizione di subire una lesione riconducibile direttamente alla mancata attuazione, a livello nazionale, della normativa comunitaria.

Per di più, è già da lungo tempo che la giurisprudenza e la dottrina^{xxxvii} hanno chiarito che la tutela della salute pubblica è ben lungi dall'essere un concetto astratto, e dipende, al contrario, dalla tutela concreta della salute dei singoli individui che fanno parte della comunità. È recentissima, ad esempio, l'ennesima pronuncia della Corte di Cassazione che, a Sezioni Unite, ribadisce che il diritto alla salute è un diritto fondamentale, nel senso che, “non tollerando compressioni neppure da parte dei pubblici poteri, mantiene sempre la sua natura di diritto soggettivo, non degradabile ad interesse legittimo”.^{xxxviii} Ed è parimenti doveroso richiamare quella giurisprudenza costante della stessa CGUE^{xxxix} ove si afferma che la piena efficacia delle norme del diritto dell'Unione sarebbe messa a

repentaglio, e la tutela dei diritti da esse riconosciuti sarebbe impossibile, se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento in tutti quei casi in cui i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto dell'Unione imputabile a uno Stato membro.

La gravità della situazione ambientale e l'urgenza di cambiare impostazione focalizzandosi non solo sugli obblighi e i divieti ma, propriamente, sui diritti, sono inoltre testimoniate dai dieci procedimenti d'infrazione avviati dalla Commissione Europea già decisi dalla stessa CGUE^{xl} (nei quali si è dimostrato che i diversi Stati membri coinvolti non rispettano le norme di qualità dell'aria ambiente e, in ben nove casi su dieci, si è accertato che la violazione della normativa comunitaria era sistematica e persistente), cui si aggiungono altri sette procedimenti d'infrazione avviati dalla Commissione Europea ed attualmente ancora pendenti^{xli}.

A ciò che accade a livello europeo, infine, fa eco il livello nazionale, ove le norme in materia di qualità dell'aria sono oggetto di controversie anche dinanzi ai giudici nazionali^{xlii}.

Certo, è indubbio che, se la Corte riconoscesse ai privati un diritto soggettivo vantabile in giudizio, il numero delle richieste di risarcimento del danno subito per violazione da parte delle amministrazioni nazionali delle norme in materia di qualità dell'aria lieviterebbe quasi istantaneamente e, come rileva l'AG nelle sue conclusioni, “a prescindere dagli associati rischi finanziari, il contenzioso relativo a siffatte rivendicazioni potrebbe costituire un onere considerevole per i giudici degli Stati membri”^{xliii}. Tuttavia, è sempre l'AG Kokott a mettere in chiaro che, in nessun caso, nell'ordinamento europeo retto dai principi dello Stato di diritto e fondato sui Trattati istitutivi e sulla Carta di Nizza, è ammissibile limitare il riconoscimento di diritti che possono dar luogo a richieste di risarcimento solo per prevenire un aumento del contenzioso.

Il gran numero di persone potenzialmente interessate a adire le Corti per ottenere un risarcimento, semmai, dimostra l'importanza e l'improcrastinabilità di un intervento della Corte che, attraverso la sua funzione nomofilattica, sia in grado di garantire un'adeguata tutela al diritto alla salute dei cittadini europei.

Scegliendo di escludere qualunque pretesa risarcitoria, in conclusione, la Corte si sta sostanzialmente allontanando dalla sua precedente giurisprudenza sul principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili.

Non resta che auspicare che il legislatore euro-unitario, il quale ha già avviato la procedura per rinnovare la disciplina normativa in materia entro il 2030^{xliv}, intervenga sulla questione, per un verso rielaborando la formulazione delle norme in modo da eliminare ogni dubbio circa la possibilità di enucleare dei diritti individuali e, per altro verso, alleggerendo l'onere della prova del nesso causale tra la violazione qualificata dello Stato e la lesione subita dal privato, attraverso l'introduzione, ad esempio, di una presunzione “relativa”, in base alla quale, nel caso di un soggiorno di durata sufficientemente lunga in

una zona in cui è stato superato un valore limite, il danno alla salute si possa considerare imputabile a tale superamento.^{xlv}

ⁱ Tra i principali studi scientifici italiani che si sono occupati, ad esempio, del tema dell'inquinamento atmosferico si ricordano il progetto VIIAS e lo studio EpiAir2, promossi dal Centro nazionale per la prevenzione e il controllo delle malattie (CCM) del Ministero della Salute, nonché l'indagine longitudinale sul Delta del Po e l'indagine longitudinale nell'area urbana e sub-urbana di Pisa promossi dal Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR).

ⁱⁱ Per una ricognizione degli effetti principali dell'inquinamento sulla salute si rinvia, *ex multis*, a *Global burden of 87 risk factors in 204 countries and territories, 1990-2019: a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2019*, in *Lancet*, 17 ottobre 2020, vol. 396, n. 10258, 1223 ss.

ⁱⁱⁱ Cfr. Human Rights Council, Resolution 7/23, *Human rights and climate change*, 28 marzo 2008. Per un approfondimento sulla necessaria adozione di un approccio sistemico nella tutela ambientale si veda M. RAMAJOLI, *Il cambiamento climatico tra green deal e climate change litigation*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 1/2021, 56, ove l'Autrice mette in evidenza che “attualmente è in corso un processo di grande fermento volto al passaggio dall'affermazione di obiettivi generali all'individuazione di strumenti giuridici per la loro attuazione. Ciò richiede primariamente la comprensione approfondita della natura degli obiettivi climatici, secondo un approccio necessariamente interdisciplinare che utilizzi i risultati ottenuti dagli scienziati del clima. In secondo luogo, in questa fase ancora embrionale è importante distinguere le policy nella lotta al cambiamento climatico dalle misure giuridiche, mantenendo sullo sfondo gli obiettivi macro da perseguire. [...] Di diverso rispetto al passato è che all'interno dell'Unione Europea ogni singola attività economica e ogni singolo settore che ha impatto diretto o indiretto sul cambiamento climatico dovranno essere rivisti alla luce del nuovo imperativo dell'emergenza climatica.” Nello stesso senso, poi, si vedano anche D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2022, 297 ss., M. DELSIGNORE, *La tutela o le tutele pubbliche dell'ambiente? una risposta negli scritti di Amorth*, in *Diritto amministrativo*, n. 2/2021, 313 ss.

^{iv} Svoltasi a Stoccolma dal 5 al 16 giugno 1972.

^v In particolare, ciò è avvenuto con la pubblicazione del *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights* (A/HRC/10/61) elaborato dal Human Rights Council e presentato il 15 gennaio 2009.

^{vi} In combinazione con numerosi altri fattori, tra cui si annoverano, a titolo esemplificativo, la geografia, il livello economico-sociale, la disabilità e l'età.

^{vii} La connessione esistente tra inquinamento, cambiamento climatico e diritti umani è stata ribadita, di recente, anche dal *Report of the Secretary-General. The impacts of climate change on the human rights of people in vulnerable situations* (A/HRC/50/57), elaborato dal Human Rights Council e presentato il 6 maggio 2022.

^{viii} Per un approfondimento sul tema si rinvia a D. PAUCIULO, *Il diritto umano a un ambiente salubre nella risoluzione 76/300 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 4/2022, 118 ss., che commenta la risoluzione 76/300 (A/RES/76/300, par. 1) del 28 luglio 2022 con la quale l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, nel contesto della 76° sessione plenaria, si è allineata alla Risoluzione 48/13 del Human Rights Council ed ha riconosciuto il diritto ad un ambiente pulito, salubre e sostenibile quale diritto umano.

^{ix} Cfr. G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 4/2021, 1273 ss.; A. GIORDANO, *Climate change e strumenti di tutela. Verso la public interest litigation?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 6/2020, 763 ss.; E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica: le azioni di classe*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 4/2022, 1105 ss.

^x Cfr. E. PARIOTTI, *I diritti umani: concetto, teoria, evoluzione*, Padova, 2018; F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990; F. VIOLA, I. TRUJILLO, *What Human Rights are not (or not only). A negative path to Human Rights practice*, New York, 2014.

^{xi} Cfr. M. TORRE-SCHAUB, L. D'AMBROSIO, B. LORMETEAU (a cura di), *Rapport final de Recherche. Les Dynamiques du Contentieux Climatique. Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, Mission de Recherche Droit & Justice, CNRS, CLIMALex, Institut des Sciences Juridiques & Philosophique de la Sorbonne, Parigi, 2019; M. TORRE-SCHAUB, *Justice et justiciabilité climatique: les apports de l'Accord de Paris*, in *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris. Regards croisés*, a cura di M. TORRE-SCHAUB, Parigi, 2017, 107 ss.

^{xii} Sebbene non esista, ad oggi, una definizione universalmente accettata di “contenzioso climatico”, sono stati numerosi i tentativi definitori. Il Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (*United Nations Environment Programme - UNEP*) ha elaborato una definizione di “contenzioso climatico” nel Report “*The Status of Climate Change Litigation*” del 2017: essa considera tali tutti i casi, indipendentemente dall'autorità innanzi alla quale sono discussi, che sollevano questioni di diritto o di fatto riguardanti la scienza del cambiamento climatico e gli sforzi di mitigazione e adattamento al cambiamento climatico. Si tratta di una definizione che si allinea alla visione proposta dalla dottrina nordamericana, secondo la quale con l'espressione “*climate change litigation*” si fa riferimento a “*any piece of federal, state, tribal, or local administrative or judicial litigation in which the ... tribunal decisions directly and expressly raise an issue of fact or law regarding the substance or policy of climate change causes and impacts*.” (Cfr. D. MARKELL, J.B. RUHL, *An empirical assessment of climate change in the Courts: a new jurisprudence or business as usual?*, in *Florida Law Review*, vol. 64, n. 1/2012, 15 ss.). La definizione dell'UNEP, tuttavia, esclude dal novero delle cause climatiche tutte quelle cause che, pur se destinate ad avere un impatto sulla tematica del cambiamento climatico, non vi fanno

riferimento esplicito. Nel successivo Report dell'UNEP *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*, inoltre, è stato chiarito che sono escluse dalla definizione proposta di “contenzioso climatico” tutte le cause in cui “the discussion of climate change is incidental or where a non-climate legal theory would guide the substantive outcome of the case. Thus, when climate change keywords are only used as a passing reference to the fact of climate change and those issues are not related to the laws, policies, or actions actually at issue, the case is excluded. Similarly, this report excludes cases that seek to accomplish goals arguably related to climate change adaptation or mitigation but that do not depend on the climate change dimensions of those goals. For example, lawsuits seeking to use human health regulations to limit air pollution from coal fired power plants may incidentally cause a court to compel that power plant to emit fewer greenhouse gases (GHGs). Such cases are not considered “climate change litigation” for the purposes of this study” (pag. 6). Altri autori, invece, hanno avanzato una definizione del concetto di “contenzioso climatico” che si discosta da quella proposta dall'UNEP nei suoi Report e mira a ricomprendere in questo insieme tutte le azioni legali intentate da privati, ONG e autorità locali, innanzi a tribunali nazionali o regionali e contro Stati e aziende del settore dell'energia fossile, finalizzati a contestare le politiche climatiche statali o aziendali attraverso rivendicazioni fondate sul diritto pubblico, sui diritti umani e sul diritto privato. Rispetto a quella dell'UNEP, questa seconda ricostruzione interpretativa appare maggiormente in linea con l'evoluzione che ha caratterizzato le cause dirette alla tutela dell'ambiente in senso più ampio, poiché non si limita a guardare alla questione del cambiamento climatico ma abbraccia una visione olistica improntata sul concetto di giustizia ambientale e garantisce il giusto riconoscimento al diritto dei singoli ad un ambiente salubre. (Cfr. M. TORRE-SCHAUB, L. D'AMBROSIO, B. LORMETEAU (a cura di), *Rapport final de recherche. Les Dynamiques du contentieux climatique*, cit.)

^{xiii} Per una ricostruzione delle tappe che hanno segnato punti fondamentali nell'evoluzione del contenzioso climatico si rinvia a M. TORRE-SCHAUB, L. D'AMBROSIO, B. LORMETEAU (a cura di), *Rapport final de recherche*, cit.; A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Napoli, 2022; C. HIGHAM, J. SETZER, E. BRADEEN, *Challenging government responses to climate change through framework litigation*, Londra, 2022; S. VALGUZZA, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/2022, 293 ss.; A. GIORDANO, *Climate change e strumenti di tutela. Verso la public interest litigation?*, op. cit.; F. DE LEONARDIS, *Verso un ampliamento della legittimazione per la tutela delle generazioni future*, in *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, a cura di F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Soveria Mennelli (CZ), 2010, 51 ss.

^{xiv} Come evidenzia Pisanò, “nei contenziosi europei, gli attivisti climatici, favoriti dal fatto di convivere in uno spazio giuridico comune, quasi sempre utilizzano le stesse fonti (scientifiche e giuridiche), sviluppano le medesime strategie argomentative, si sostengono vicendevolmente, fanno riferimento ad una medesima ideologia (quella ambientalista) e hanno già condiviso esperienze pregresse di battaglie politiche, sociali, giudiziarie. Il risultato finale è l'emergere di un contenzioso climatico transnazionale dagli esiti non scontati perché potrebbero essere anche diversi da ordinamento a ordinamento, ma che attraversa tutto lo spazio giuridico europeo, utilizzando (spesso) l'argomento dei diritti come leva per spronare i governi ad assumere pienamente le loro responsabilità dinanzi all'emergenza climatica”. Cit. da A. PISANÒ, *Il diritto al clima*, cit., 184.

^{xv} G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017.

^{xvi} Tra le riflessioni più recenti in tema di discrezionalità interpretativa e argomentazione proposte dalla dottrina, si segnalano, per la ricchezza degli spunti, le suggestioni avanzate da P.L. PORTALURI nella sua monografia *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto amministrativo*, Napoli, 2021, ove l'Autore, discutendo del controllo di meritevolezza ex art. 100 c.p.c. (interesse ad agire), mette in evidenza il carattere “progressivo” dei “valori” la cui evoluzione è inestricabilmente connessa all'avanzamento civile della società e si riflette positivamente sulla discrezionalità interpretativa dei diritti sanciti dall'ordinamento, consentendone (anzi, richiedendone) un ampliamento commisurato.

^{xvii} Per un primo commento alla sentenza, elaborato nei giorni immediatamente successivi alla sua pubblicazione, si rinvia a H. VAN EIJKEN, J. KROMMENDIJK, *Does the Court of Justice clear the air: a Schutznorm in state liability after all?: JP v Ministre de la Transition écologique*, in *Eu law live*, 10 gennaio 2023.

^{xviii} La CGUE, nel suo parere del 18 dicembre 2014, 2/13, ha definito il rinvio pregiudiziale “la chiave di volta del sistema giurisdizionale”; esso, infatti, “instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione [...], permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai trattati” (punto 176). Per un approfondimento sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea si rinvia a F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020; A. ADINOLFI, *I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n.3/2019, 441 ss.; S. FOA, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Ius Publicum*, n. 2/2015, 1 ss.; R. ROMBOLI, *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 1 ss.

^{xix} L'inquinamento atmosferico è determinato dalla dispersione nell'atmosfera di sostanze non presenti in condizioni di aria pura (cioè costituita essenzialmente da concentrazioni definite di ossigeno O₂, azoto N₂, argon Ar, anidride carbonica CO₂ e vapore acqueo H₂O), che si distinguono in inquinanti primari emessi direttamente in atmosfera – monossido di carbonio (CO), anidride solforosa (SO₂), biossido di azoto (NO₂) e particolato – ed in inquinante secondario – Ozono (O₃) – prodotto principalmente da reazioni chimiche che coinvolgono NO₂ e composti organici volatili (es. idrocarburi) in presenza di luce solare e di alte temperature. Sebbene tra le fonti di inquinamento atmosferico rientrino anche molti fenomeni naturali (come ad esempio le eruzioni vulcaniche e le tempeste di sabbia del deserto), è tuttavia indubbio che i più importanti inquinanti esterni derivino dall'utilizzo di combustibili fossili (utilizzati per la combustione di veicoli a motore, impianti termici ed impianti industriali), i quali generano particelle corpuscolate (presenti in concentrazioni più elevate nelle città e gravemente dannose per l'ambiente e per la salute umana. Le particelle corpuscolate possono essere suddivise in base al diametro aerodinamico medio: inferiore a 10 micron (PM₁₀: particelle toraciche), a 2,5 micron (PM_{2,5}: particelle fini o respirabili), a 0,1 micron (PM_{0,1}: particelle ultrafini o nanoparticelle). Nel 2017, la *European Respiratory Society* (ERS) e la *American Thoracic Society* (ATS) hanno elaborato un documento che definisce ed individua i principali effetti avversi dell'inquinamento atmosferico (Cfr. G. D. THURSTON, H. KIPEN, I. ANNESI-MAESANO, J. BALMES, R. D. BROOK, K. CROMAR, S. DE MATTEIS, F. FORASTIERE, B. FORSBERG, M. W. FRAMPTON, J. GRIGG, D. HEEDERIK, F. J. KELLY, N.

KUENZLI, R. LAUMBACH, A. PETERS, S. T. RAJAGOPALAN, D. RICH, B. RITZ, J. M. SAMET, T. SANDSTROM, T. SIGSGAARD, J. SUNYER, B. BRUNEKREEF, *A joint ERS/ATS policy statement: what constitutes an adverse health effect of air pollution? An analytical framework*, in *European Respiratory Journal*, 11 gennaio 2017, vol. 49, (1):1600419.; un report altrettanto interessante sugli effetti sanitari principali dell'inquinamento atmosferico è stato pubblicato recentemente sulla prestigiosa rivista *Lancet* (Cfr. *Global burden of 87 risk factors in 204 countries and territories, 1990-2019: a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2019*, in *Lancet*, 17 ottobre 2020, vol. 396, n. 10258, 1223 ss).

^{xx} Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa caratterizzante la progressiva introduzione di obblighi di tutela della qualità dell'aria, che metta anche in evidenza l'improcrastinabilità di un intervento legislativo per l'aggiornamento della disciplina europea, specialmente alla luce delle linee guida promosse dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel 2021, sia consentito rinviare a G. TORTA, *Spunti critici sull'aggiornamento della normativa europea in tema di qualità dell'aria*, in *giustamm.it*, 2022.

^{xxi} Direttiva 2008/50/CE (GU L 152 dell'11.6.2008, pag. 1-44) del Parlamento europeo e del Consiglio "relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa", adottata il 21 maggio 2008 (e da ultimo modificata nel 2015). La Direttiva in questione, secondo quanto disposto dall'articolo 1, è finalizzata ad istituire misure volte a "definire e stabilire obiettivi di qualità dell'aria ambiente al fine di evitare, prevenire o ridurre gli effetti nocivi per la salute umana e per l'ambiente nel suo complesso; valutare la qualità dell'aria ambiente negli Stati membri sulla base di metodi e criteri comuni; ottenere informazioni sulla qualità dell'aria ambiente per contribuire alla lotta contro l'inquinamento dell'aria e gli effetti nocivi e per monitorare le tendenze a lungo termine e i miglioramenti ottenuti con l'applicazione delle misure nazionali e comunitarie; garantire che le informazioni sulla qualità dell'aria ambiente siano messe a disposizione del pubblico; mantenere la qualità dell'aria ambiente, laddove sia buona, e migliorarla negli altri casi; promuovere una maggiore cooperazione tra gli Stati membri nella lotta contro l'inquinamento atmosferico."

^{xxii} Ai sensi dell'articolo 2 della Direttiva 2008/50/CE si intende per "«aria ambiente»: l'aria esterna presente nella troposfera, ad esclusione di quella presente nei luoghi di lavoro quali definiti dalla direttiva 89/654/CEE [ndr. Direttiva 89/654/CEE del Consiglio del 30 novembre 1989, relativa alle prescrizioni minime di sicurezza e di salute per i luoghi di lavoro (GU L 393 del 30.12.1989, pag. 1), modificata dalla direttiva 2007/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 165 del 27.6.2007, pag. 21)], a cui si applichino le disposizioni in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro e a cui il pubblico non ha accesso regolare".

^{xxiii} All'articolo 13, (rubricato "Valori limite e soglie di allarme ai fini della protezione della salute umana") paragrafo 1, si stabilisce che "gli Stati membri provvedono affinché i livelli di biossido di zolfo, PM₁₀, piombo e monossido di carbonio presenti nell'aria ambiente non superino, nell'insieme delle loro zone e dei loro agglomerati, i valori limite stabiliti nell'allegato XI. Per quanto riguarda il biossido di azoto e il benzene, i valori limite fissati nell'allegato XI non possono essere superati a decorrere dalle date indicate nel medesimo allegato. Il rispetto di tali requisiti è valutato a norma dell'allegato III. I margini di tolleranza fissati nell'allegato XI si applicano a norma dell'articolo 22, paragrafo 3 e dell'articolo 23, paragrafo 1".

^{xxiv} All'articolo 23 (intitolato "Piani per la qualità dell'aria"), paragrafo 1, si stabilisce, inoltre, che "Se in determinate zone o agglomerati i livelli di inquinanti presenti nell'aria ambiente superano un valore limite o un valore-obiettivo qualsiasi, più qualunque margine di tolleranza eventualmente applicabile, gli Stati membri provvedono a predisporre piani per la qualità dell'aria per le zone e gli agglomerati in questione al fine di conseguire il relativo valore limite o valore-obiettivo specificato negli allegati XI e XIV. In caso di superamento di tali valori limite dopo il termine previsto per il loro raggiungimento, i piani per la qualità dell'aria stabiliscono misure appropriate affinché il periodo di superamento sia il più breve possibile. I piani per la qualità dell'aria possono inoltre includere misure specifiche volte a tutelare gruppi sensibili di popolazione, compresi i bambini. Tali piani per la qualità dell'aria contengono almeno le informazioni di cui all'allegato XV, punto A, e possono includere misure a norma dell'articolo 24. Detti piani sono comunicati alla Commissione senza indugio e al più tardi entro due anni dalla fine dell'anno in cui è stato rilevato il primo superamento. Qualora occorra predisporre o attuare piani per la qualità dell'aria relativi a diversi inquinanti, gli Stati membri, se del caso, predispongono e attuano piani integrati per la qualità dell'aria riguardanti tutti gli inquinanti interessati".

^{xxv} Cit. da punto 33 della sentenza. Doveroso precisare, tuttavia, che, in realtà, dalla risposta del Giudice del rinvio alla richiesta di informazioni supplementari rivoltagli dalla Corte, risulta che il ricorrente, nel procedimento principale, chiede il risarcimento dei danni che gli sarebbero stati causati da superamenti dei valori limite di concentrazione in NO₂ e in PM₁₀ fissati all'allegato XI della direttiva 2008/50/CE dal 2003: dunque, per la corretta definizione della questione, occorre prendere in considerazione non solo le disposizioni pertinenti della direttiva 2008/50/CE, ma anche quelle delle direttive 1980/779/CEE (articoli 3 e 7), 1985/203/CEE (articoli 3 e 7), 1996/62/CE (articoli 7 e 8) e 1999/30/CE (articolo 4, paragrafo 1 e articolo 5, paragrafo 1) nei periodi di rispettiva vigenza.

^{xxvi} Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, presentate il 5 maggio 2022, Causa C-61/21, JP contro *Ministre de la Transition écologique e Premier ministre*. Lingua originale: tedesco.

^{xxvii} Sul punto si vedano le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur e Factortame* (C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79, punto 51), del 24 marzo 2009, *Danske Slagterier* (C-445/06, EU:C:2009:178, punto 20), e del 10 dicembre 2020, *Euromin Holdings* (Cipro) (C-735/19, EU:C:2020:1014, punto 79).

^{xxviii} Tali norme, argomenta l'AG, stabiliscono sia un obbligo, dal contenuto specifico e direttamente applicabile, gravante sugli Stati membri, di prevenire il superamento dei valori limite per gli inquinanti atmosferici considerati, sia un obbligo, altrettanto chiaro e autonomo, di predisporre piani per la qualità dell'aria che sorgono a seguito della violazione dei valori limite (punti da 33 a 71 delle conclusioni dell'AG Kokott).

^{xxix} Si vedano, in particolare, i punti da 95 a 102 delle conclusioni dell'AG Kokott.

^{xxx} Annotando tra questi "l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità, il carattere intenzionale o involontario dell'infrazione commessa o del danno causato, la scusabilità o inescusabilità di un eventuale errore di diritto e la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione dell'Unione abbiano potuto concorrere

all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto dell'Unione.” Cit. da punto 106 delle conclusioni dell'AG Kokott che richiama, in proposito, le sentenze della CGUE del 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur e Factortame* (C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79, punto 56), e del 29 luglio 2019, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe* (C-620/17, EU:C:2019:630, punto 42).

^{xxxii} Inevitabilmente, un chiaro indizio che potrebbe guidare il giudice nazionale nella sua valutazione circa la validità o meno dei piani predisposti dai singoli Stati membri può essere rappresentato dalla presenza di procedure di infrazione aperte dalla Commissione nei confronti degli Stati per mancata o scorretta implementazione della direttiva 2008/50/CE. Avendo riguardo al periodo rilevante della violazione qualificata, peraltro, l'AG fa notare come “125. Una violazione qualificata delle norme relative alla protezione della qualità dell'aria ambiente per quanto riguarda il PM₁₀ o il biossido di azoto ai sensi degli articoli 7 e 8 della direttiva 96/62, della direttiva 1999/30 nonché degli articoli 13 e 23 della direttiva 2008/50, comprende tutti i periodi durante i quali i valori limite applicabili sono stati superati in assenza di un piano di miglioramento della qualità dell'aria ambiente conforme ai requisiti di cui all'allegato IV della direttiva 96/62 o all'allegato XV, sezione A, della direttiva 2008/50, e a condizione che un piano non presentasse altre manifeste carenze.”

^{xxxiii} Punto 137 delle conclusioni dell'AG Kokott.

^{xxxiii} Nel corso della causa, infatti, sono pervenute alla Corte non solo le conclusioni dell'AG Kokott, ma anche le osservazioni presentate dal privato attore in sede nazionale, dal governo francese, dal governo irlandese, dal governo italiano, dal governo polacco, dal governo dei Paesi Bassi e dalla Commissione europea.

^{xxxiv} Cfr. sentenza della CGUE del 18 gennaio 2022, *Thelen Technopark Berlin*, C-261/20, EU:C:2022:33, punto 42 e giurisprudenza ivi citata.

^{xxxv} Cfr. sentenza della CGUE del 19 dicembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe*, C-752/18, EU:C:2019:1114, punto 55 e giurisprudenza ivi citata.

^{xxxvi} Cfr. sentenze CGUE del 5 febbraio 1963, *van Gend & Loos*, 26/62, EU:C:1963:1, I-5413, del 19 novembre 1991, *Franconib e a.*, C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428, punto 31, del 20 settembre 2001, *Courage e Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465, punto 19, e dell'11 novembre 2021, *Stichting Cartel Compensation e Equilib Netherlands*, C-819/19, EU:C:2021:904, punto 47.

^{xxxvii} Cfr. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2021; L. LAMBERTI (a cura di), *Diritto sanitario*, Milano, 2019; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019, 121 ss.; G. BIANCO, *Persona e diritto alla salute*, Padova, 2018; A. MORRONE, F. MINNI, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 9/2013, 1 ss.

^{xxxviii} Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza del 23 febbraio 2023 n. 5668, con la quale la Corte è stata chiamata a decidere su un ricorso per regolamento di giurisdizione proposto dal TAR Lombardia. La vicenda originava da un ricorso, presentato da un soggetto privato, che aveva convenuto in giudizio, inizialmente davanti al Tribunale di Milano, il Comune di Milano e la Regione Lombardia chiedendo che fossero condannati al risarcimento dei danni da lui subiti in conseguenza del mancato rispetto, da parte dei convenuti, dei limiti fissati dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 155, a tutela della salute umana. Il giudice ordinario adito, tuttavia, aveva rilevato il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo, ritenendo che la causa fosse relativa ad un mancato esercizio, da parte del Comune e della Regione, dei poteri amministrativi finalizzati alla tutela dei cittadini dall'inquinamento atmosferico e che, dunque, la vicenda fosse da inquadrarsi come un caso di omessa adozione di provvedimenti amministrativi di carattere autoritativo a tutela della salute pubblica, perciò dalla chiara natura pubblicistica. Il privato aveva correttamente riassunto la causa davanti al Tar per la Lombardia ma anche questo giudice aveva sollevato conflitto negativo di giurisdizione ai sensi dell'art. 11, comma 3, cod. proc. amm., ritenendo che la controversia appartenesse invece alla giurisdizione del giudice ordinario; secondo il TAR, infatti, l'individuazione del giudice competente doveva essere effettuata in ottemperanza al criterio del *petitum* sostanziale che, nel caso di specie, era finalizzato a far valere il diritto alla salute del privato, ovvero un diritto che, per giurisprudenza costante della Corte di Cassazione non può essere affievolito o pregiudicato dall'esercizio dei poteri amministrativi. La Corte di Cassazione, riunita a Sezioni Unite, ha deciso il ricorso per regolamento di giurisdizione affermando la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle cause risarcitorie o inibitorie promosse da soggetti ai quali il fatto produttivo di danno ambientale abbia cagionato un pregiudizio alla salute o alla proprietà, secondo quanto previsto dall'art. 313, comma 7, dello stesso decreto legislativo. Al riguardo, la Corte ha affermato che “L'eventualità che l'attività nociva sia svolta in conformità a provvedimenti autorizzativi della P.A. non incide sul riparto di giurisdizione (atteso che ai predetti provvedimenti non può riconoscersi l'effetto di affievolire diritti fondamentali dei terzi) ma esclusivamente sui poteri del giudice ordinario, il quale, nell'ipotesi in cui l'attività lesiva derivi da un comportamento materiale non conforme ai provvedimenti amministrativi che ne rendono possibile l'esercizio, provvederà a sanzionare, inibendola o riportandola a conformità, l'attività rivelatasi nociva perché non conforme alla regolazione amministrativa, mentre, nell'ipotesi in cui risulti tale conformità, dovrà disapplicare la predetta regolazione ed imporre la cessazione o l'adeguamento dell'attività in modo da eliminarne le conseguenze dannose (ordinanza 23 aprile 2020, n. 8092). Allo stesso modo, è stato affermato che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia nella quale il privato, deducendo l'omessa adozione, da parte della P.A., degli opportuni provvedimenti a tutela del diritto alla salute, domandi nei confronti della stessa il risarcimento del danno non patrimoniale conseguente a immissioni intollerabili di odori e polveri provenienti da un'azienda agricola privata, venendo in rilievo, alla stregua del criterio del *petitum* sostanziale, un comportamento materiale di pura inerzia delle autorità pubbliche, suscettibile di compromettere il nucleo essenziale del diritto soggettivo inviolabile alla salute (così la recentissima sentenza 27 luglio 2022, n. 23436, in linea con la precedente ordinanza 12 novembre 2020, n. 25578).” Nel caso specifico, pertanto, la Corte non ha dubbi nell'affermare che a fondamento della domanda sta “una pretesa che si basa sulla tutela di un diritto fondamentale – quello, appunto, alla salute – che, non tollerando compressioni neppure da parte dei pubblici poteri, mantiene sempre la sua natura di diritto soggettivo, non degradabile ad interesse legittimo, con conseguente devoluzione della causa alla giurisdizione del giudice ordinario”.

^{xxxix} Cfr. sentenze CGUE del 19 novembre 1991, *Franconich e a.* (C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428, punto 33); del 14 marzo 2013, *Leib* (C-420/11, EU:C:2013:166, punto 40), del 24 giugno 2019, *Popławski* (C-573/17, EU:C:2019:530, punto 56), e del 19 dicembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe* (C-752/18, EU:C:2019:1114, punto 54).

^{xl} Sentenze della CGUE del 10 maggio 2011, *Commissione/Svezia* (PM10) (C-479/10, non pubblicata, EU:C:2011:287), del 15 novembre 2012, *Commissione/Portogallo* (PM10) (C-34/11, EU:C:2012:712), del 19 dicembre 2012, *Commissione/Italia* (PM10) (C-68/11, EU:C:2012:815), del 5 aprile 2017, *Commissione/Bulgaria* (PM10) (C-488/15, EU:C:2017:267), del 22 febbraio 2018, *Commissione/Polonia* (PM10) (C-336/16, EU:C:2018:94), del 24 ottobre 2019, *Commissione/Francia* (Superamento dei valori limite per il biossido di azoto) (C-636/18, EU:C:2019:900), del 30 aprile 2020, *Commissione/Romania* (Superamento dei valori limite di PM10) (C-638/18, non pubblicata, EU:C:2020:334), del 10 novembre 2020, *Commissione/Italia* (Valori limite di PM10) (C-644/18, EU:C:2020:895) del 3 febbraio 2021, *Commissione/Ungheria* (Valori limite di PM10) (C-637/18, non pubblicata, EU:C:2021:92) del 4 marzo 2021, *Commissione/Regno Unito* (Valori limite – biossido di azoto) (C-664/18, non pubblicata, EU:C:2021:171), del 3 giugno 2021, *Commissione/Germania* (Valori limite di NO₂) (C-635/18, non pubblicata, EU:C:2021:437), e del 28 aprile 2022, *Commissione/Francia* (Valori limite di PM10) (C-286/21, non pubblicata, EU:C:2022:319). Per un approfondimento commentato sulle sentenze che hanno sanzionato la Polonia, si rinvia a L. BUSATTA, *Le politiche europee per la qualità dell'aria e le sfide di un concetto polisemico di salute. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, terza sezione, C-336/16, Commissione c. Polonia, sentenza del 22 febbraio 2018*, in *Corti supreme e salute*, n. 3/2018, 501 ss.; L. BUSATTA, *Dal mancato rispetto delle politiche europee per la qualità dell'aria ai diritti delle generazioni future: come conciliare salute, economia e ambiente? [Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sentenza del 10 novembre 2020, Commissione v. Italia, C-644/18]*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2021, 21 ss. Per un approfondimento commentato sulle sentenze che hanno sanzionato l'Italia sia consentito rinviare a G. TORTA, *Spunti critici sull'aggiornamento della normativa europea in tema di qualità dell'aria*, cit. Infine, per un approfondimento più generale sulle procedure d'infrazione, si vedano R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, III ed., Giappichelli, 2020; R. ADAM, *L'Italia e le procedure d'infrazione: ragioni e rimedi*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2/2021, 371 ss.; M. ARANCI, *La procedura d'infrazione come strumento di tutela dei valori fondamentali dell'Unione europea. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nella causa Commissione/Polonia*, in *Eurojus.it*, n. 3/2019, 49 ss.; M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La procedura di infrazione dieci anni dopo Lisbona*, in *Federalismi.it*, n. 19/2020, 217 ss.

^{xli} Cause C-573/19, *Commissione/Italia* (Biossido di azoto), C-730/19, *Commissione/Bulgaria* (Biossido di zolfo), C-125/20, *Commissione/Spagna* (Biossido di azoto), C-70/21, *Commissione/Grecia* (PM10), C-342/21, *Commissione/Slovacchia* (PM10), e C-633/21, *Commissione/Grecia* (Biossido di azoto), e C-220/22, *Commissione/Portogallo* (Biossido di azoto). E' doveroso rimarcare, in proposito, che le procedure di infrazione (sia quelle già concluse con sentenza di condanna, sia quelle ancora aperte) si riferiscono a violazioni perpetrate dagli Stati di valori limite cristallizzati nella direttiva europea sulla qualità dell'aria che, rispetto ai valori limite indicati dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nelle sue linee guida del 2008, erano decisamente più permissivi. Se si pensa che le linee guida più recenti adottate dall'OMS suggeriscono valori limite drasticamente più bassi rispetto a quelli proposti nel 2008 ci si rende immediatamente conto dell'urgenza di un intervento normativo in materia.

^{xlii} A titolo esemplificativo valga richiamare la causa recentemente avviata da una coppia di genitori contro la Regione Piemonte per chiedere al Tribunale di Torino di riconoscere il diritto umano e fondamentale del proprio figlio minore (affetto da gravi malattie respiratorie) a respirare un'aria sana e pulita, come sancito dalla Direttiva UE n. 2008/50, recepita in Italia dal D. Lgs. n. 155/2010, quale espressione del diritto soggettivo costituzionalmente garantito alla vita, alla salute e ad un ambiente salubre, ai sensi degli Artt. 2, 9, 32 della Costituzione, 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e 2, 3, 37 e 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. N.r.g. 22282/2022.

^{xliii} Punti 97 e 98 delle conclusioni dell'AG Kokott.

^{xliv} A fine ottobre 2022 la Commissione Europea ha pubblicato una proposta per una nuova direttiva che individua norme provvisorie in materia di qualità dell'aria che, pur non recependo in toto le indicazioni fornite dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel suo report del 2021, ne tengono conto e stabiliscono obiettivi di qualità dell'aria per il 2030. Il fine di tale proposta, peraltro, è il raggiungimento dell'obiettivo di un inquinamento atmosferico pari a zero, al più tardi, entro il 2050. Cfr. European Commission, *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on ambient air quality and cleaner air for Europe (recast)*, COM/2022/542 final, Bruxelles, 26.10.2022.

^{xlv} L'idea di introdurre una presunzione relativa è stata proposta dall'AG Kokott nelle sue conclusioni (punto 138) e richiama la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) del 9 giugno 2005, *Fadeyeva/Russia* (55723/00, CE:ECHR:2005:0609JUD005572300, punti 87 e 88) che, in un caso di inquinamento atmosferico, ha dedotto una presunzione di danno da un superamento di valori limite e da altri importanti indizi.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2691 – 8 marzo 2023

Ruolo di anzianità e teorica dei rapporti esauriti: un cortocircuito? (nota a Tar Sicilia, sez. III, 2 febbraio 2023, n. 294)

di Giuseppe Tropea

Sommario: 1. Premessa. – 2. La vicenda e i suoi presupposti. – 3. Il contenuto della pronuncia. – 4. La teorica dei rapporti esauriti. – 5. L'atto paritetico evapora, il rapporto si esaurisce: una sentenza “politica”? – 6. Conclusioni.

1. Premessa

La sentenza che si annota dischiude una molteplicità di spunti interessanti e fa interrogare sulla persistente attualità della categoria pretoria dell'atto paritetico in giurisdizione esclusiva, quando si tratta di valutare gli effetti potenzialmente retroattivi di una pronuncia della Corte costituzionale su giudizi diversi da quello *a quo*[1]. Nel caso di specie, peraltro, si insinua un ulteriore fattore di complicazione rappresentato dalla sussistenza sul punto di un parere del Consiglio di Stato[2] richiesto dall'Amministrazione degli Interni, parte in causa nel giudizio dinanzi al Tar.

Ce n'è abbastanza per porsi una serie di domande sull'ubi consistam della giurisdizione esclusiva, come faceva Antonio Romano Tassone all'indomani dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo[3], aggiungendovi l'aggravante “istituzionale” dell'ombra del mancato rispetto dei cardini del giusto processo. Chi scrive ha in più occasioni difeso la persistente dignità della specialità del giudice amministrativo[4], sicché anche la

critica vuole qui essere una costruttiva occasione di dialogo e confronto, non certo una ideologica e pregiudiziale presa di posizione a favore dell'unità della giurisdizione.

2. La vicenda e i suoi presupposti

Un poliziotto chiede l'accertamento del diritto alla retroazione giuridica della sua nomina a vice sovrintendente della Polizia di Stato richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 224/2020, che ha giudicato sussistente una disparità di trattamento tra il sistema di progressione ordinario e quello straordinario, dichiarando illegittimo l'art. 75 del D.P.R. 335/1982, in relazione agli art. 3 e 97 della Costituzione, nella parte in cui «non prevede l'allineamento della decorrenza giuridica della qualifica di vice sovrintendente promosso per merito straordinario a quella più favorevole riconosciuta al personale che ha conseguito la medesima qualifica all'esito della selezione o del concorso successivi alla data del verificarsi dei fatti».

Si consideri che fino al 2001, una volta conseguita la nomina nella qualifica di vice sovrintendente, non vi era alcuna significativa differenza, in punto di decorrenza giuridica, tra quanti avessero ottenuto la promozione mediante concorso e coloro i quali fossero stati promossi per merito straordinario. Infatti, l'art. 21 del d.P.R. n. 335 del 1982 prevedeva che i dipendenti che avessero superato il concorso per titolo ovvero per titoli ed esame erano immessi nel ruolo superiore solo alla data di conclusione con esito positivo del prescritto corso di formazione. L'art. 75, comma 1, d.P.R. 335/1982 prevedeva, a sua volta, che le promozioni per merito straordinario decorressero dalla data nella quale si fosse verificato il fatto che ha dato luogo al conferimento di tale qualifica. Senonché, il comma 7 dell'art. 24-quater del d.lgs. n. 53 del 2001 ha modificato il termine di decorrenza della promozione ordinaria, retrodatandolo alla data del «1° gennaio dell'anno successivo a quello nel quale si sono verificate le vacanze (da intendersi come vacatio di posti) e con decorrenza economica dal giorno successivo alla data di conclusione del corso medesimo». Tale intervento normativo ha determinato una disparità di trattamento tra il sistema di progressione ordinario e quello straordinario, sulla quale è intervenuta la Consulta con la sentenza richiamata.

Il Giudice delle leggi, infatti, pronunciandosi su un'ordinanza di rimessione del Tar Sicilia, ha affermato che: «La *reductio ad legitimitatem* della disposizione censurata può farsi – con riferimento alla fattispecie in esame – escludendo lo “scavalco” nella decorrenza giuridica della qualifica di vice sovrintendente da parte di coloro che l'abbiano conseguita con procedura concorsuale o selettiva (e quindi dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello nel quale si sono verificate le vacanze) in un momento successivo rispetto alla nomina di quelli che la stessa qualifica abbiano in precedenza già ottenuto per merito straordinario (e quindi con decorrenza «dalla data del verificarsi dei fatti» posti a fondamento della nomina stessa). Ciò può realizzarsi mediante il necessario riallineamento della decorrenza giuridica della nomina di questi ultimi a quella dei primi nell'ipotesi in cui, in concreto, tale evenienza si verifichi, senza peraltro che ciò incida sulla decorrenza economica che – come già rilevato – non soffre la differenziazione qui censurata».

3. Il contenuto della pronuncia

Il ricorrente, quindi, chiedeva l'accertamento del diritto alla retrodatazione sulla base di tale presupposto, attraverso il rito del silenzio perché nel caso di specie l'amministrazione non aveva risposto a una sua diffida volta appunto alla retrodatazione e alla connessa ricostruzione di carriera, mentre l'amministrazione eccepiva l'incompetenza territoriale, l'inammissibilità del ricorso poiché la posizione vantata è di diritto soggettivo, la sua infondatezza nel merito perché la declaratoria di incostituzionalità non può applicarsi ai rapporti esauriti.

Il Tar respinge l'eccezione di incompetenza, mentre, per quanto riguarda quella di inammissibilità del ricorso, dopo aver ricordato che per giurisprudenza costante il ricorso avverso il silenzio non è consentito in caso di diritti soggettivi, anche quando si operi in giurisdizione esclusiva, dispone il mutamento del rito convertendolo in giudizio ordinario di accertamento su diritti soggettivi.

Ciononostante, dopo aver richiamato il già citato parere del Consiglio di Stato, il Tar configura il ruolo di anzianità del personale di una pubblica amministrazione come provvedimento amministrativo, e quindi ritiene che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare nei termini – si badi, prima della sentenza della Consulta – il suo scavalco nel ruolo di anzianità, e così respinge il ricorso.

4. La teorica dei rapporti esauriti

Il richiamato parere del Consiglio di Stato, al netto per ora della questione relativa alla sua ammissibilità, ricostruisce nel dettaglio la problematica questione degli effetti della sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale nel diritto amministrativo, distinguendo il caso del giudizio a quo da quello dei giudizi ancora pendenti innanzi al giudice amministrativo.

Si afferma che anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha nel tempo ritenuto che le pronunce di accoglimento della Corte Costituzionale hanno effetto retroattivo, inficiando fin dall'origine la validità e la efficacia della norma dichiarata contraria alla Costituzione, salvo il limite delle situazioni giuridiche "consolidate" per effetto di eventi che l'ordinamento giuridico riconosce idonei a produrre tale effetto, quali le sentenze passate in giudicato^[5], l'atto amministrativo non più impugnabile, la prescrizione e la decadenza.

Si dice, inoltre, che l'indagine sulla c.d. fase discendente del giudizio di costituzionalità, ossia sul seguito nei giudizi amministrativi ancora pendenti, diversi da quello a quo, della dichiarazione di incostituzionalità di una norma sulla genesi o sull'esercizio del potere amministrativo, si traduce in un'indagine sulla sorte del provvedimento amministrativo adottato sulla base della disposizione incostituzionale, se cioè questo debba essere considerato inesistente, nullo o annullabile.

Dopo aver aderito alla consolidata^[6] teoria dell'invalidità derivata, il Consiglio di Stato si pone il problema del rilievo ex officio della questione, e sembra risolverlo positivamente: la disciplina del processo amministrativo sarebbe stata sottoposta ad una interpretazione di adeguamento alle dinamiche del controllo di costituzionalità in via incidentale, con l'unico limite della pendenza della controversia e della rilevanza della questione ai fini della decisione del giudice amministrativo. Per vero, questa impostazione è (forse impropriamente)

combinata a quell'altra che distingue tra le norme sul quomodo di esercizio del potere e quelle sulla genesi del potere, aggiungendosi che il rilievo d'ufficio dell'incostituzionalità della norma non incontra il limite dei motivi del ricorso quando la Corte costituzionale dichiara illegittima una norma sulla "genesì" del potere.

In ogni caso, ciò che più conta in questa sede è che il Consiglio di Stato, con passaggi pedissequamente ripresi dal Tar Sicilia, insiste sulla teorica dei rapporti esauriti, la quale già di suo meriterebbe forse più attenta riconsiderazione, nella misura in cui finisce per frustrare esigenze di legalità costituzionale e di effettività della tutela, specie nel caso in cui la stabilità del rapporto si acquisisce prima e a prescindere dalla pronuncia di incostituzionalità. La sensazione, in altre parole, è che la nozione di rapporto esaurito sia sfruttata per eludere un problema delicato e tuttora alquanto inesplorato, ossia l'individuazione del corretto punto di bilanciamento tra la necessità di assicurare l'affermazione della legalità costituzionale e quella di scongiurare il rischio di una perenne esposizione dei rapporti all'instabilità derivante dal potenziale contenzioso. Il tema, per l'appunto, non è stato al centro del dibattito, quantomeno di quello animato dagli amministrativisti, ma a ben vedere meriterebbe di essere coltivato, coinvolgendo, tra le tesi sul punto circolanti, anche qualche riflessione sull'annoso tema del dies a quo del termine di impugnazione^[7], senza escludere a priori che tale termine iniziale possa coincidere con la pronuncia di illegittimità costituzionale della norma attuata dal provvedimento sub iudice^[8].

Al netto di tali problematiche più ampie, che riguardano anche il giudizio generale di legittimità, a mio avviso la teorica dei rapporti esauriti risulta comunque inconferente nel caso di specie.

5. L'atto paritetico evapora, il rapporto si esaurisce: una sentenza di "politica" giurisprudenziale?

Il problema è quindi generale e di sistema e rileva anche nell'ambito della giurisdizione di mera legittimità, impattando sulla delicata questione del dies a quo.

Nella residua giurisdizione esclusiva sul pubblico impiego solleva un'altra questione, legata all'incerta ampiezza della categoria degli atti paritetici^[9].

Come è ben noto, fra i grandi meriti del giudice amministrativo "pretore", subito dopo forse solo alla "bruta normazione giurisprudenziale" sul giudizio di ottemperanza e sul giudizio sul silenzio, vi è la sentenza "Fagiolari" che, alla fine degli anni '30, supera l'equivalenza fra ricorso al giudice amministrativo e impugnazione di un provvedimento nel caso vi sia in discussione un diritto soggettivo del cittadino e l'atto dell'amministrazione non costituisca esercizio di un potere.

Non è un caso che ciò avvenga proprio nell'ambito del pubblico impiego. È stato in questo cruciale settore che «la giurisprudenza del Consiglio di Stato prima (attraverso la ben nota sentenza "Fagiolari"), il legislatore del 1971 dopo, e la Corte costituzionale ancora più tardi (attraverso le sentenze additive degli anni '80), [hanno abbandonato] quella che pure la Relazione al Re che accompagnava il decreto istitutivo del 1923 indicava come la ragione fondamentale della creazione della giurisdizione esclusiva: assoggettare i diritti soggettivi al

medesimo trattamento processuale degli interessi legittimi, là dove fossero più marcate le esigenze di pubblico interesse alla definizione della controversia»^[10].

Questo passaggio può essere sottovalutato, da parte ad esempio di chi osserva: «Si prenda il caso emblematico del pubblico impiego, sulla cui natura giuridica (pubblicistica, privatistica o mista) da decenni si disquisiva: non solo il titolo, ma anche gli atti di gestione del rapporto di lavoro divengono atti “amministrativi”. Il punto di equilibrio con l’origine privatistica, al fine di evitare che il mutamento della qualificazione potesse importare una diminuzione della tutela, ha soltanto bisogno di un piccolo accorgimento, ossia l’invenzione degli atti amministrativi “paritetici”, la cui impugnazione è sottratta al breve termine decadenziale. Niente di più»^[11].

Ma non può comunque essere del tutto eluso.

E a me francamente pare che è proprio questo che fa nella sentenza che si considera il Tar Sicilia, il quale uno “spartito” chiaro l’aveva (parafrasando il titolo del recente libro di Fabio Saitta)^[12], con la consapevolezza che nel caso in esame si trattava di diritti soggettivi in giurisdizione esclusiva (consapevolezza che emerge nella parte in cui il rito sul silenzio viene convertito); ciononostante, conclude per l’applicazione della regola della decadenza e non della prescrizione del diritto, valutando un atto di gestione del rapporto di impiego come il ruolo di anzianità del personale di polizia alla stregua di un provvedimento amministrativo non impugnato su cui opera il limite dei rapporti esauriti.

Si badi: si è consapevoli che la giurisprudenza in questi casi ritiene che la pretesa del ricorrente ai fini dell’accertamento del diritto all’anzianità comprensiva del servizio svolto presso altri comparti delle forze armate si traduce in un migliore inquadramento, che però è consacrato in un apposito atto dell’amministrazione di appartenenza, cosicché i sospirati effetti sulla carriera del dipendente non possono prodursi senza l’eliminazione di tale sbarramento formale^[13].

Si tratta di una impostazione che non convince fino in fondo, anche perché sin dagli anni ’70^[14], come è noto, la nozione di atto paritetico si estende al di là delle questioni strettamente patrimoniali, cui peraltro quella in esame a rigore va annoverata. E comunque non vi è dubbio nella giurisprudenza del giudice del lavoro che, per i rapporti contrattualizzati, l’atto del datore di lavoro incidente sulla prestazione lavorativa è un atto paritetico, ancorché espressione del potere di supremazia gerarchica, privo dell’efficacia autoritativa propria del provvedimento amministrativo, per cui una diversa disciplina sul punto rischia di rinnovare quelle disparità di trattamento tra lavoratori sulle quali la Consulta negli anni ’80 si è più volte pronunciata.

Si aggiunga, infine, la patente contraddizione nel nostro caso con il mutamento del rito in giudizio ordinario di accertamento su diritti soggettivi.

6. Conclusioni

Si tratta, in conclusione, di una pronuncia che non convince sotto un profilo di stretto diritto processuale, poiché fa ingiustificatamente prevalere la teorica dei rapporti esauriti su quella

dell'atto paritetico (categoria cui, a mio sommosso e minoritario avviso, andrebbero ricondotti gli atti in questione), combinando denegata tutela della parte e lacune negli effetti del giudizio di costituzionalità. Si badi: ove, comunque, il diritto sorto prima della sentenza della Consulta fosse prescritto, ciò continuerebbe a legittimare, per ovvie ragioni di certezza, la teorica dei rapporti esauriti. Per ovvie ragioni legate al carattere teorico del presente commento, non interessa qui andare a compiere una siffatta verifica.

Né può fungere di aiuto un breve passaggio della motivazione della sentenza, e qui si tocca il diritto sostanziale, ove si afferma che in regime di diritto pubblico il ruolo di anzianità andrebbe annoverato come provvedimento amministrativo. Non mi pare condivisibile tale – pur stringato – passaggio, poiché se il rapporto di impiego “non contrattualizzato” permane nella giurisdizione esclusiva, questo non può far venir meno la teorica dell'atto paritetico nato proprio in quella sede, a meno di non voler ritenere che la contrattualizzazione del pubblico impiego abbia sottratto l'applicazione dell'atto paritetico a quei rapporti che sono rimasti affidati al giudice amministrativo. Il che, francamente, non convince, rivelandosi un'inaccettabile conseguenza della contrattualizzazione. Semmai ci si lamenta in sede teorica dei margini di sindacato del giudice del lavoro, ma non risulta a chi scrive che la mutazione di giurisdizione abbia alterato la teoria degli atti paritetici nelle materie di pubblico impiego non contrattualizzato che permangono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Né (ulteriore subordinata, ma qui siamo proprio nel comodo mondo delle congiunture e del divertissement) è possibile ritenere che tale persistente caratura pubblicistica (che ci farebbe fare un balzo indietro nel tempo addirittura pre-sentenza “Fagiolari”) possa essere il prodotto dello speciale regime di impiego della Polizia, il cui assetto continua ad essere connotato da marcati tratti di complessità e verticalizzazione, ma che, grazie soprattutto alla legge n. 121/1981, si è evoluto sotto vari aspetti: unità funzionale dei ruoli, efficienza nel sistema di reclutamento, democraticità tramite la rivoluzionaria smilitarizzazione^[15].

Infine, una chiosa “istituzionale”.

Il Consiglio di Stato, nel parere richiamato dal Tar Sicilia, insiste nell'affermare che per garantire il corretto equilibrio istituzionale, va esclusa la «possibilità di richiedere pareri facoltativi su materie o fattispecie per le quali già siano pendenti o in corso di attivazione controversie giurisdizionali», e in tal senso ritiene di potersi esprimere nel limitato ambito dell'individuazione dei «principi consolidati che reggono la materia; non sarà effettuata, né espressamente né implicitamente, qualsivoglia interpretazione della sentenza della Corte costituzionale in relazione al caso specifico». Il problema si è posto anche dinanzi al Tar Sicilia, che non a caso richiama in diversi punti tale parere.

Non è mia intenzione riprendere qui il tema delle criticità sul piano dei principi di imparzialità del giudice e parità fra parti che emergono in questa vicenda: certo, il richiamo alla teorica dei rapporti esauriti come limite alla retroattività delle sentenze della Corte costituzionale, specie quando siano in questione sentenze di “spesa” come quella qui in esame, desta in chi scrive qualche sospetto sulla “politicalità” dell'opera di protezione dell'erario che si situa nell'asse Palazzo Spada-Viminale, nella misura in cui va ad incidere così profondamente sulla teorica dell'atto paritetico nella giurisdizione esclusiva.

Parrebbe un'ennesima peculiare declinazione della tecnica modulazione nel tempo degli effetti della sentenza, tecnica ormai pienamente attecchita anche presso il nostro giudice amministrativo^[16], a tutela di valori “alti” e “altri”, ma diversi da quelli propri di una giurisdizione di tipo soggettivo qual è la nostra sulla base dell'art. 24 Cost.

[1] Sul tema v. C. Padula, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale sugli atti amministrativi applicativi della legge annullata*, in AA. VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di Brunelli – Pugiotta – Veronesi, Napoli, 2009, 1513 ss.; N. Pignatelli, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente*, in *Federalismi*, fasc. 6/2021, 140 ss.

[2] Sez. I, n. 1984/2021.

[3] A. Romano Tassone, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, in A. Cavallari-G. De Giorgi Cezzi-G.L. Pellegrino-P.L. Portaluri-E. Sticchi Damiani-A. Vantaggiato (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010, Napoli, 2011, 101 ss.

[4] Ad es.: G. Tropea, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 889 ss.

[5] Sul punto occorre tuttavia dare atto che rispetto alla spinta verso l'affermazione della legalità (nel caso in esame si trattava della legalità europea) l'argine del giudicato sembra meno stabile. Il riferimento è alle note pronunce Cons. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17 e 18, in cui si prospetta la cessazione di tutte le proroghe delle concessioni balneari illegittimamente disposte, indipendentemente dal fatto che esse siano state disposte per legge e che siano state oggetto di un giudicato favorevole (cioè di un giudicato interno che avesse, in ipotesi, riconosciuto la legittimità degli atti di proroga).

[6] Sin da Cons. Stato, Ad. plen., 8 aprile 1963, n. 8.

[7] Fortemente inciso dalla, pur discutibile, Cons. Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, che teorizza come è noto una decorrenza “a gradi” del dies a quo.

[8] Devo questa riflessione ad Annalaura Giannelli.

[9] Giò autorevolmente segnalata, con molteplici riferimenti giurisprudenziali, da A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 148 ss.

[10] A. Romano Tassone, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, cit.

[11] M. Mazzamuto, *L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo*, nota a Cons. Stato, sez. II, n. 8546/2020, in www.giustiziainsieme.it, 1° marzo 2021.

[12] F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023.

[13] Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2013, n. 607.

[14] Consiglio di Stato, Ad. plen., 26 ottobre 1979, n. 25

[15] Cfr. R. Ursi, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022.

[16] Basti il riferimento, ancora, alle notissime Cons. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2744 – 13 aprile 2023

Presunzione d’innocenza e sanzioni amministrative ‘punitive’: lo standard probatorio dell’‘oltre ogni ragionevole dubbio’ (nota a Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570)

di Stefano Vaccari

Sommario: 1. Premessa: sulla progressiva implementazione di uno statuto garantistico per il c.d. diritto amministrativo ‘punitivo’. - 2. Sanzioni amministrative ‘punitive’ e standard probatorio: il caso concreto. - 3. (Segue): Il tradizionale orientamento giurisprudenziale: il canone della ‘ragionevole probabilità’ o della c.d. ‘preponderanza delle evidenze’. - 4. (Segue): Presunzione d’innocenza e ‘dubbio ragionevole’: lo standard probatorio enunciato dal Consiglio di Stato. - 5. Brevi conclusioni: per un allineamento della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) al canone dell’‘oltre ogni ragionevole dubbio’ nel sindacato sulle sanzioni amministrative ‘punitive’.

1. Premessa: sulla progressiva implementazione di uno statuto garantistico per il c.d. diritto amministrativo ‘punitivo’.

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 3570 del 9 maggio 2022 – qui brevemente annotata – interviene su una questione di fondamentale importanza per lo statuto giuridico del c.d. diritto amministrativo ‘punitivo’^[i], ossia lo *standard* probatorio richiesto per il sindacato giudiziale sulle sanzioni amministrative sostanzialmente penali ai sensi CEDU.

È noto il progressivo percorso di trasposizione dei principî e delle regole garantistiche propri della materia penale agli illeciti amministrativi qualificabili come ‘*criminal offences*’^[ii] secondo i c.d. criteri ‘*Engel*’^[iii]. A tale riguardo, sia sufficiente richiamare^[iv] l’acquisita applicazione dei

canoni di irretroattività^[v] e di sufficiente precisione^[vi] delle norme incriminatrici, di retroattività delle disposizioni sopravvenute più favorevoli al trasgressore (c.d. retroattività ‘*in mitius*’)^[vii], di proporzionalità dei regimi sanzionatori^[viii], di ‘*ne bis in idem*’^[ix] e di protezione contro l’auto-incriminazione^[x].

Nondimeno, in disparte all’invocazione e al rispetto delle suddette garanzie di civiltà giuridica, autorevole dottrina^[xi] ha segnalato le gravi difficoltà che i soggetti destinatari di sanzioni amministrative punitive incontrano, sul versante dell’effettività della tutela, nel contestare giudizialmente detta tipologia di provvedimenti per vedere accolte le proprie ragioni (il pensiero corre, in particolar modo, alle sanzioni irrogate dalle autorità amministrative indipendenti nelle materie finanziaria o *antitrust*). L’argomento, di tutta evidenza, involge i profili dello *standard* probatorio utilizzabile, in prima battuta, dall’autorità amministrativa sanzionante, ma soprattutto dall’organo giurisdizionale nel successivo riesame (in conformità ai canoni della c.d. ‘*full jurisdiction*’^[xii]) della fattispecie, onde verificare la sussistenza dei fatti costitutivi dell’illecito contestato e, di riflesso, la sussistenza della responsabilità.

La questione, sebbene di rilevanza centrale, non è stata sinora posta ampiamente al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale^[xiii]; ragione per cui, la sentenza in commento risulta significativa e meritevole della massima attenzione.

2. Sanzioni amministrative ‘punitive’ e standard probatorio: il caso concreto.

Al fine di meglio delineare la portata (innovativa) del principio espresso dal Consiglio di Stato è opportuno rassegnare, di seguito, alcuni limitati profili di fatto relativi al contenzioso trattato dal giudice amministrativo.

Segnatamente, la sentenza in commento interviene su una fattispecie di intesa segreta restrittiva (per oggetto) della concorrenza, in violazione dell’art. 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), contestata dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) nei confronti di una pluralità di operatori economici, i quali – asseritamente legati da dinamiche concertative – hanno partecipato a diversi lotti di una procedura di gara aperta per la stipula di una convenzione quadro finalizzata all’erogazione di servizi di c.d. ‘*facility management*’ presso uffici pubblici e immobili in uso a enti universitari e di ricerca.

Il procedimento, avviato su impulso dell’AGCM, si è concluso con l’accertamento dell’illecito *antitrust* sulla scorta di un quadro probatorio di matrice prevalentemente indiziaria, con conseguente irrogazione di severe (ai sensi CEDU) sanzioni amministrative pecuniarie.

Il provvedimento disposto dall’AGCM è stato, dunque, impugnato – avanti al competente giudice amministrativo – da tutte le parti interessate che hanno sollevato plurime censure di ordine sostanziale e procedurale. Alcuni ricorsi sono stati accolti dal T.a.r per il Lazio, sede di Roma, limitatamente al c.d. ‘*quantum*’^[xiv]; altri, invece, ^[xv] con riguardo a vizi relativi al c.d. ‘*an*’, con conseguente annullamento *in parte qua* del provvedimento sanzionatorio.

Avverso le sentenze di prime cure, le parti soccombenti hanno proposto impugnazione (in via principale o incidentale) avanti al Consiglio di Stato, la cui Sesta Sezione – disposta la riunione degli appelli per ragioni di connessione oggettiva e parzialmente soggettiva – ha infine definito la controversia con la pronuncia in esame n. 3570 del 9 maggio 2022.

La complessità del caso di specie discende dall'esigenza di sindacare l'articolato compendio probatorio indiziario, su cui si fonda il provvedimento sanzionatorio contestato, al fine di verificare la fondatezza della pretesa punitiva, e dunque la sussistenza dell'illecito nei suoi profili fattuali e nella relativa configurabilità in senso giuridico. Del resto, la necessità di impostare il c.d. *'enforcement'* degli illeciti anticoncorrenziali e di abuso di mercato su ragionamenti presuntivi trova giustificazione nel principio dell'effetto utile del diritto europeo, atteso che si tratta di fattispecie rispetto alle quali è estremamente difficoltoso rinvenire prove dirette o rappresentative^[xvi].

Ragion per cui, il Consiglio di Stato ha giustamente rimarcato che «[...] *la prova delle intese restrittive della concorrenza può essere sostenuta da un compendio probatorio di natura indiziaria, ovvero un complesso di prove esclusivamente indirette, purché queste possano essere significative al pari della prova rappresentativa (anche il processo penale consente il ricorso alla prova indiziaria ed ai principi fondati sull'esperienza)*» (§ 8.2).

Senonché, al di là dell'astratta ammissibilità di presunzioni e prove di matrice inferenziale, ciò che risulta invero di fondamentale importanza per l'asserito trasgressore è l'intensità dello *standard* probatorio richiesto all'autorità per giustificare la concreta irrogazione della sanzione amministrativa punitiva. Questa è, per l'appunto, la questione sulla quale si incentra il nucleo essenziale del ragionamento garantistico svolto dal Consiglio di Stato con la sentenza in commento, per la cui miglior comprensione occorre dare conto – in estrema sintesi – del consolidato indirizzo che emerge dall'analisi del formante giurisprudenziale.

3. (Segue): Il tradizionale orientamento giurisprudenziale: il canone della 'ragionevole probabilità' o della c.d. 'preponderanza delle evidenze'.

In particolare, nella prassi giudiziaria (pressoché unanime) non si afferma espressamente, pur al cospetto di fattispecie sanzionatorie punitive ai sensi CEDU, che il sindacato delle corti amministrative od ordinarie debba svolgersi in conformità all'elevato *standard* penalistico del c.d. 'oltre ogni ragionevole dubbio'^[xvii].

Pur in difetto di enunciazioni esplicite, salvo talune limitate eccezioni^[xviii], la dinamica giudiziale risulta fattualmente assestata sul (meno intenso) paradigma probatorio della 'ragionevole probabilità' ovvero della c.d. preponderanza dell'evidenza o del 'più probabile che non' (sebbene in un senso a-tecnico, poiché l'anzidetta formula si riferisce propriamente al nesso di causalità in materia risarcitoria)^[xix]. In altri termini, i provvedimenti sanzionatori vengono giudicati legittimi laddove il corredo probatorio portato dall'amministrazione, cui compete il relativo onere sostanziale^[xx], sia connotato da un grado di probabilità prevalente o, comunque, superiore rispetto alle ricostruzioni alternative addotte dall'asserito trasgressore.

Si è consapevoli che quanto sommariamente evidenziato palesi la difficoltà di sintetizzare, entro schemi concettuali ‘rigidi’, modelli di ragionamento che – per loro natura – sono destinati a essere applicati, caso per caso, a fattispecie assai diversificate sul piano empirico-fattuale. Nondimeno, è possibile ritenere che il segnalato coefficiente probabilistico esprima comunque uno *standard* inferiore^[xxi] al livello di certezza richiesto per le sanzioni ‘formalmente’ penali, ove – com’è noto – la sussistenza di un ‘ragionevole dubbio’ è di per sé idonea a incrinare la coerenza dell’impianto accusatorio.

Con larga frequenza, infatti, si rinviene la massima^[xxii] secondo cui l’esistenza del fatto ‘ignoto’, ricavabile per effetto del processo logico sotteso alla prova presuntiva, debba risultare quale conseguenza naturalisticamente accettabile del fatto ‘noto’ secondo canoni di ‘ragionevole probabilità’: il che non significa pretendere un legame di necessità assoluta ed esclusiva tra i due termini del ragionamento inferenziale, bensì una conclusione di prevalente attendibilità rispetto alle ipotesi ricostruttive alternative.

Ne discende, pertanto, una significativa difficoltà probatoria per il soggetto sanzionato, il quale potrà confutare il compendio probatorio fornito dall’autorità amministrativa soltanto convincendo il giudice che l’allegata (e corroborata) spiegazione alternativa dei fatti superi – in termini di coefficiente probabilistico e logico – la tesi sulla quale si fonda la pretesa punitiva.

In via di estrema sintesi, si potrebbe definire il suddetto schema nei termini di un processo di falsificazione (richiamando, in un’accezione forse impropria, il lessico ‘popperiano’^[xxiii]) che finisce per tradursi, nella concreta dinamica processuale, in un’inversione ‘mascherata’ dell’onere della prova sostanziale (anche se nella forma della prova contraria^[xxiv]).

Ed è proprio su questi aspetti che interviene la pronuncia in commento.

4. (Segue): Presunzione d’innocenza e ‘dubbio ragionevole’: lo standard probatorio enunciato dal Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato, prima di svolgere lo scrutinio sugli indici fattuali del caso concreto, ha cura di illustrare le coordinate teorico-giuridiche relative allo *standard* probatorio da osservare nel sindacato giudiziale sulle sanzioni amministrative ‘punitive’.

Il ragionamento muove, anzitutto, dalla pacifica constatazione della natura ‘penale’ (ai sensi CEDU) delle sanzioni amministrative comminate dall’Autorità *antitrust*^[xxv]: il che è indubbio in ragione delle «[...] *finalità repressive e preventive perseguite e del fatto che l’accertamento di antitrust infringement determina, oltre all’irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, anche un significativo danno reputazionale*» (§ 8.1.).

Trattandosi di sanzioni sostanzialmente penali, si impone – in via generale – l’applicazione del fondamentale principio garantistico di presunzione d’innocenza (*rectius*: di non colpevolezza), come peraltro sancito dalla giurisprudenza europea^[xxvi] sulla scorta dell’art. 48, § 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea («*Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata*») nonché dell’art. 6, § 2,

della CEDU («*Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata*»)[[xxvii](#)].

Ai nostri fini, il passaggio logico successivo è di fondamentale importanza.

Se si ammette che le procedure (amministrative o giurisdizionali) aventi a oggetto fattispecie sanzionatorie ‘punitive’ debbano rispettare il principio di presunzione di innocenza[[xxviii](#)], è altrettanto necessario – quale corollario applicativo – che esse siano assoggettate al rigoroso *standard* probatorio dell’oltre ogni ragionevole dubbio: di talché, «[...] *qualora sussista un dubbio nella mente del giudice, esso deve andare a beneficio dell’impresa destinataria della decisione che constata un’infrazione*»[[xxix](#)] (§ 8.1.).

Per l’effetto, l’organo giudiziale è tenuto a caducare il provvedimento sanzionatorio qualora l’‘accusato’ sia in grado di fornire in giudizio una ‘plausibile’ spiegazione alternativa dei fatti accertati dall’autorità amministrativa[[xxx](#)], essendo allo scopo sufficiente che il dubbio trasferito al giudicante sia ‘ragionevole’[[xxxi](#)], ossia correlato a dati empirici riscontrabili e di rilievo non meramente ipotetico o congetturale.

Con riferimento agli illeciti anticoncorrenziali, la suddetta conclusione si correla alla specifica disciplina sull’onere della prova posta dall’art. 2 del Regolamento (CE) n. 1/2003[[xxxii](#)], ove si dispone che «[i]n tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all’applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, l’onere della prova di un’infrazione dell’articolo 81, paragrafo 1, o dell’articolo 82 del trattato incombe alla parte o all’autorità che asserisce tale infrazione» (oggi artt. 101 e 102 TFUE).

Senonché, fermo restando lo *standard* probatorio sopra richiamato, il Consiglio di Stato rileva che il medesimo regolamento – in altra sua parte[[xxxiii](#)] – sembra invece rimettere ai giudici domestici l’individuazione del ‘grado di intensità della prova’ richiesto per i procedimenti nazionali, beninteso in compatibilità con i principi generali del diritto euro-unitario.

Dal momento che il principio di presunzione di innocenza non osta – di per sé – all’utilizzo di prove presuntive, ai fini del giudizio di responsabilità in materia sostanzialmente penale è importante precisare il rilievo assunto dal canone dell’oltre ogni ragionevole dubbio rispetto al procedimento logico-giuridico di matrice inferenziale.

Il Consiglio di Stato, allo scopo, analizza la struttura del ragionamento indiziario ricorrendo a uno schema concettuale ‘bifasico’. Segnatamente, si afferma che il giudicante deve, innanzitutto, apprezzare la ‘valenza qualitativa’ del singolo indizio, vale a dire «[...] *la forza di necessità logica con la quale esso è in grado di dimostrare il fatto rilevante, al fine di eliminare gli elementi che appaiono semplici illazioni o supposizioni arbitrarie*» (§ 8.5.); per poi, in secondo luogo, svolgere un esame globale degli indizi risultanti dal segnalato ‘filtro’ logico-giuridico onde accertare, valendosi dei canoni di gravità, precisione e concordanza *ex art. 2729 c.c.*, se «[...] *gli stessi, una volta integrati gli uni con gli altri, siano in grado di dissolvere la loro intrinseca ambiguità*» (§ 8.5.).

All’esito della suddetta attività conoscitiva, da implementare nel rispetto del contraddittorio processuale, il giudice dovrà applicare al caso concreto il richiamato canone probatorio dell’oltre ogni ragionevole dubbio: l’ipotesi ‘accusatoria’ potrà ritenersi conforme allo *standard* della ‘certezza processuale’ solo se «[...] *essa risulti l’unica in grado di giustificare i vari elementi probatori raccolti, ovvero la più attendibile rispetto alle altre ipotesi alternative, pure astrattamente*

prospettabili, ma la cui realizzazione storica, in quanto priva di riscontri significativi nelle emergenze istruttorie, appaia soltanto una eventualità remota» (§ 8.5).

Ciò premesso, si ha cura di rimarcare che l'intensità del sindacato giudiziale in materia di sanzioni amministrative punitive non tollera limitazioni (nemmeno) al cospetto dei concetti giuridici indeterminati eventualmente presenti nella fattispecie incriminatrice di fonte legale. In questi casi, infatti, non è conferente il tradizionale modello di controllo giudiziale sull'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica, nell'impostazione tipica dei processi di natura meramente impugnatoria aventi a oggetto provvedimenti amministrativi non sanzionatori^[xxxiv], stante la rilevanza interpretativa dell'attività di accertamento dell'illecito soggetta a un sindacato giurisdizionale 'parametrico' e non 'funzionale'^[xxxv].

In altri termini, nella materia in esame, il giudice – in coerenza con i connotati strutturali del giudizio sul c.d. 'rapporto'^[xxxvi] – non può confinare il proprio scrutinio a una (invero più deferente) verifica di mera 'ragionevolezza tecnica' della soluzione adottata dal provvedimento impugnato^[xxxvii], nell'ambito della più ampia gamma di plausibili opzioni decisorie per lo specifico 'problema amministrativo'. Invero, «[...] *la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del "mercato rilevante") è una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa» (§ 8.5).*

Ragione per cui, il sindacato sulle fattispecie sanzionatorie sostanzialmente penali deve necessariamente procedere attraverso una piena e diretta verifica, in conformità ai canoni della c.d. 'full jurisdiction', «[...] *della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità, per quanto, in senso epistemologico, controvertibile» (§ 8.5).*^[xxxviii]

5. Brevi conclusioni: per un allineamento della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) al canone dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» nel sindacato sulle sanzioni amministrative «punitive».

Sulla scorta di quanto premesso, la sentenza annotata è di indubbia importanza.

Il Consiglio di Stato, infatti, riconoscendo l'applicabilità dello *standard* probatorio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» nel sindacato giudiziale sulle sanzioni amministrative punitive, aggiunge un ulteriore e rilevante 'tassello garantistico' allo statuto giuridico dei provvedimenti sostanzialmente penali ai sensi CEDU.

Si auspica, pertanto, che tale precedente assurga a '*leading case*' non restando isolato nella futura prassi giurisprudenziale del giudice amministrativo, ma soprattutto di quello ordinario quando è chiamato a pronunciarsi sulle opposizioni a sanzione amministrativa (si pensi, a titolo di esempio, alle importanti potestà 'punitive' di competenza della Banca d'Italia e della Consob).

Invero, non sarebbe accettabile una marcata disarmonia tra le due giurisdizioni rispetto a garanzie che attengono al 'core' dell'effettività della tutela giurisdizionale. Sicché, fondamentali esigenze di eguaglianza e di unità della giurisdizione (nell'accezione 'funzionale' del termine^[xxxix]) imporranno un allineamento al canone probatorio del c.d. '*in dubio pro reo*'^[xl],

evitando così che l'asserito trasgressore (beneficiario, sino a prova contraria, della presunzione di non colpevolezza) non subisca un'inaccettabile contrazione della tutela a seconda del plesso giurisdizionale ove, secondo criteri di riparto sovente espressione di contingenti esigenze di politica del diritto, sia radicata la singola controversia.

[i] Sulla definizione di sanzione amministrativa 'punitiva' cfr., per tutti, D. Simeoli, *Le sanzioni amministrative 'punitiva' tra diritto costituzionale ed europeo*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, I, p. 47, ove si ricorre a tale espressione per identificare «[...] le misure afflittive che, per quanto applicate da organi di natura amministrativa e non giurisdizionale, sono attratte, per impulso degli impegni assunti a livello internazionale, nell'alveo protettivo delle principali garanzie riconosciute in 'materia penale', al di là della loro formale qualificazione giuridica».

[ii] Sull'autonomia della nozione di 'materia penale' nella CEDU cfr. G. Ubertis, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. Pen.*, 2012, I, p. 21 e ss.

[iii] Cfr. Corte Edu, 8 giugno 1976 (*Engel e altri c. Paesi Bassi*), § 82, ove si rinviene la formulazione dei tre criteri alternativi per la qualificazione di una sanzione amministrativa o disciplinare in senso 'penale' ai fini CEDU: la classificazione giuridica effettuata dall'ordinamento nazionale, la natura dell'infrazione e il grado di severità della sanzione («[...] it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States. The very nature of the offence is a factor of greater import. [...] However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the 'criminal' sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental»). Si v., anche, quanto affermato dalla successiva (e fondamentale) decisione della Corte Edu, 21 febbraio 1984 (*Öztürk c. Germania*), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, III, p. 894 e ss. (con nota di C. Paliero), § 49, ove si chiarisce che «[...] se gli Stati contraenti potessero, a loro piacimento, qualificare 'amministrativo' piuttosto che penale un illecito, l'effetto delle norme fondamentali degli artt. 6 e 7 sarebbe subordinato alla loro volontà sovrana. Una così ampia libertà rischierebbe di condurre a risultati incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione».

[iv] Per ogni approfondimento si rinvia, per tutti, a D. Simeoli, *Le sanzioni amministrative 'punitiva' tra diritto costituzionale ed europeo*, cit., p. 47 e ss.; F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, IV, p. 1775 e ss.; e F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018.

[v] Cfr., per tutte, Corte cost. 4 giugno 2010, n. 196, in *Cass. pen.*, 2011, II, p. 528 e ss., ove si afferma che «[d]alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale - data l'ampiezza della sua formulazione ('Nessuno può essere punito...') - può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile - in senso stretto - a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»; Id., 18 aprile 2014, n. 104, in *Cass. pen.*, 2015, V, p. 1825 e ss.; Id., 7 aprile 2017, n. 68, in *Giur. Cost.*, 2017, II, p. 681 e ss.; e Id., 5 dicembre 2018, n. 223, in *Giur. Cost.*, 2018, VI, p. 2575 e ss.

[vi] Cfr., per tutte, Corte cost. 13 giugno 2018, n. 121, in *Giur. Cost.*, 2018, III, p. 1359 e ss., ove si afferma che «[...] il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il nomen ad essa attribuito dall'ordinamento, del resto, non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di 'conoscere', in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata»; e Id., 29 maggio 2019, n. 134, in *Foro it.*, 2019, VII-VIII, p. 2217 e ss., ove si rimarca che le leggi «[...] che stabiliscono sanzioni amministrative debbono garantire ai propri destinatari [...] la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie: requisiti questi ultimi che condizionano la legittimità costituzionale di tali leggi regionali, al cospetto del diverso principio di determinatezza delle norme sanzionatorie aventi carattere punitivo-afflittivo, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost.».

[vii] Cfr., *ex multis*, Corte cost. 21 marzo 2019, n. 63, in *Giur. Cost.*, 2019, II, p. 819 e ss., ove si afferma che rispetto «[...] a singole sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità 'punitiva', il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della 'materia penale' - ivi compreso, dunque, il principio di retroattività della *lex mitior* [...] - non potrà che estendersi anche a tali sanzioni. [...] L'estensione del principio di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative aventi natura e funzione 'punitiva' è, del resto, conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni

13 aprile 2023

propriamente penali. Laddove, infatti, la sanzione amministrativa abbia natura ‘punitiva’, di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare nei confronti di costui tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell’illecito da parte dell’ordinamento. A siffatte conclusioni è possibile derogare unicamente nei casi in cui «[...] sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo ‘raglio positivo di ragionevolezza’, al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività in mitius nella materia penale».

[viii] Cfr., per tutte, Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112, in *Giur. Cost.*, 2019, III, p. 1364 e ss., ove si rimarca che «[...] non può dubitarsi che il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell’illecito sia applicabile anche alla generalità delle sanzioni amministrative».

[ix] Cfr., nella giurisprudenza convenzionale, Corte Edu, 4 marzo 2014 (*Grande Stevens e a. c. Italia*), in *Giur. Cost.*, 2014, III, p. 2919 e ss.; e, con un parziale revirement, Id., Grande Chambre, 15 novembre 2016 (*A e B c. Norvegia*), in *Cass. Pen.*, 2017, III, p. 1227 e ss., ove – com’è noto – si rimette al giudicante la valutazione in ordine al ‘coordinamento’ (temporale e nell’oggetto) tra i due procedimenti nonché la proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria nei casi in cui operi il ‘cumulo’.

[x] Il riferimento è al diritto al silenzio dell’incolpato (*nemo tenetur se detegere*), riconosciuto – con riguardo alle sanzioni amministrative punitive – da Corte cost. 30 aprile 2021, n. 84, in *Giur. Cost.*, 2021, II, p. 1028 e ss. Sia consentito rinviare, per un commento alla pronuncia *cit.*, a M. Allena - S. Vaccari, *Diritto al silenzio e autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2022, III, p. 689 e ss.

[xi] Cfr. M. Clarich, *Quando i poteri delle autorità di Vigilanza possono anche sconfinare nell’arbitrio*, in *Milano-Finanza*, 16 febbraio 2022, ove si rileva che «[...] al di là delle garanzie di difesa nei procedimenti sanzionatori, un altro versante critico è quello della tutela giurisdizionale a valle della sanzione o di altri provvedimenti repressivi». Invero, «[l]e statistiche, in particolare nei procedimenti della Consob e della Banca d’Italia, dimostrano che quasi mai le parti private riescono a far annullare nel merito i provvedimenti sanzionatori. I giudici tendono infatti a confermare le valutazioni delle autorità e le conclusioni raggiunte specie là dove si tratta di casi ad alta complessità tecnica».

[xii] Cfr., per la chiarezza, Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, in *Foro amm.*, 2015, III, p. 763 e ss.: «[i]l sindacato di full jurisdiction implica, secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo, il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l’esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un continuum tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale. La piena giurisdizione implica il potere del giudice di condurre un’analisi “point by point” su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell’applicazione della sanzione, senza ritenersi vincolato all’accertamento compiuto dagli organi amministrativi e anzi dovendo sostituire la sua valutazione a quella, contestata, dell’amministrazione. In altre parole, quando le garanzie del giusto processo non siano assicurate in sede procedimentale, esse devono essere necessariamente soddisfatte in sede processuale ove il giudice, per supplire alla carenza di garanzie del contraddittorio, di indipendenza del decisore, di parità delle parti, deve agire come se riesercitasse il potere, senza alcun limite alla piena cognizione dei fatti e degli interessi in gioco». Sul tema cfr., in dottrina, M. Allena, *La full jurisdiction tra sindacato di “maggiore attendibilità” del giudice amministrativo e mito della separazione dei poteri*, in A. Carbone (a cura di), *L’applicazione dell’art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Napoli, 2020, p. 23 e ss.

[xiii] Si v., per tutti, S.L. Vitale, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, p. 27, ove si è, innanzitutto, evidenziato che «[...] una rilevante differenza tra processo volto alla irrogazione della sanzione penale e procedimento volto alla irrogazione della sanzione amministrativa risiede nello standard probatorio applicabile». Com’è noto, infatti, mentre «[...] nel processo penale, in considerazione della rilevanza degli interessi in gioco, può giungersi ad una sentenza di condanna solo ove la colpevolezza per il reato sia accertata ‘oltre il ragionevole dubbio’, per il processo civile e amministrativo, così come a fortiori per il procedimento amministrativo, è richiesto un minore standard probatorio, compendiato nella formula del ‘più probabile che non’. Di conseguenza, deve ritenersi che anche nei procedimenti di irrogazione delle sanzioni amministrative dovrà applicarsi tale ultimo standard probatorio». Preso atto di ciò, l’A. ha dovuto constatare che «[l]a questione non è stata messa pienamente in luce dalla dottrina che ha studiato la sanzione amministrativa, ma a nostro avviso assume oggi rilevanza nell’analisi degli aspetti differenziali che intercorrono tra questa e la sanzione penale».

[xiv] Il riferimento è alle sentenze T.a.r Lazio, Roma, sez. I, Id., 27 luglio 2020, n. 8769; Id. 27 luglio 2020, n. 8774; Id., 27 luglio 2020, n. 8775; Id., 27 luglio 2020, n. 8776; Id., 27 luglio 2020, n. 8777; Id., 27 luglio 2020, n. 8778; Id., 27 luglio 2020, n. 8779.

[xv] Cfr. T.a.r Lazio, Roma, sez. I, 27 luglio 2020, n. 8765; Id., 27 luglio 2020, n. 8767; Id., 27 luglio 2020, n. 8768.

[xvi] Cfr., nella giurisprudenza europea in materia di illeciti anticoncorrenziali, CGUE 7 gennaio 2004, in C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P (*Aalborg Portland A/S e a. c. Commissione delle Comunità europee*), § 55 e ss., ove si chiarisce che «[p]oiché sono noti tanto il divieto di partecipare a pratiche e accordi anticoncorrenziali quanto le sanzioni che possono essere irrogate ai contravventori, di norma le attività derivanti da tali pratiche ed accordi si svolgono in modo clandestino, le riunioni sono segrete, spesso in un paese terzo, e la documentazione ad esse relativa è ridotta al minimo. Anche se la Commissione scoprisse documenti attestanti in modo esplicito un contatto illegittimo tra operatori, come i resoconti di una riunione, questi ultimi sarebbero di regola solo

frammentari e sporadici, di modo che si rivela spesso necessario ricostruire taluni dettagli per via di deduzioni. Nella maggior parte dei casi, l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale dev'essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi i quali, considerati nel loro insieme, possono rappresentare, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole sulla concorrenza». Analogamente, cfr. CGUE 1° luglio 2010, in C-407/08 P (*Knauf Gips KG c. Commissione europea*), § 49. In materia di sanzioni per violazione delle disposizioni sull'intermediazione finanziaria si v. Cass. civ., Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20930, in *Foro it.*, 2010, XI, p. 3129 e ss., ove la Corte «[s]ulla generale premessa per cui la responsabilità va provata dall'amministrazione» e «[...] dopo avere ribadito il pieno rispetto del principio dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in capo all'ente sanzionante» ritiene ammissibile la possibilità di «[...] ricorrere con ampiezza a presunzioni idonee in ordine alla prova, da parte dell'amministrazione, dell'elemento oggettivo della condotta».

[xvii] Cfr. Part. 533, co. 1, c.p.p. ove, nella versione vigente (che segue alle modifiche apportate dall'art. 5, co. 1, della l. 20 febbraio 2006, n. 46), si dispone che «[i]l giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio». Sullo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio restano fondamentali, in giurisprudenza, i precedenti Cass. pen., Sez. Un., 30 ottobre 2003, n. 45276 (*Andreotti*), in *Cass. pen.*, 2004, III, p. 811 e ss.; Id., 10 luglio 2002, n. 30328 (*Franzese*), in *Foro it.* 2002, II, p. 601 e ss.; Id., 21 aprile 1995, n. 11 (*Costantino*), in *Giust. pen.*, 1996, III, p. 321 e ss. Sul piano comparato, anche in chiave storica, cfr. il § 1096 del *Penal Code of California*, ove si rinviene la seguente (chiara) definizione di 'ragionevole dubbio' (rispetto al quale si v. l'altrettanto noto precedente *People of the State of California v. Orental James Simpson*, richiamato da Corte d'Assise di Milano 18 aprile 2005): «[a] defendant in a criminal action is presumed to be innocent until the contrary is proved, and in case of a reasonable doubt whether his or her guilt is satisfactorily shown, he or she is entitled to an acquittal, but the effect of this presumption is only to place upon the state the burden of proving him or her guilty beyond a reasonable doubt. Reasonable doubt is defined as follows: 'It is not a mere possible doubt; because everything relating to human affairs is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction of the truth of the charge'». Per ogni approfondimento sullo standard in esame, cfr. in dottrina, oltre all'importante ricostruzione (anche sul piano culturale) offerta da F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, p. 116 e ss., quantomeno G. Canzio - M. Taruffo - G. Ubertis, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Criminalia*, 2009, p. 305 e ss.; F. Caprioli, *L'accertamento della responsabilità penale 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, I, p. 51 e ss.; M. Pisani, *Riflessioni sul tema del 'ragionevole dubbio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, IV, p. 1243 e ss.; F. D'Alessandro, *L'oltre ogni ragionevole dubbio sulla valutazione della prova indiziaria*, in *Cass. pen.*, 2005, III, p. 764 e ss.; M.C. Galavotti - F. Stella, *'Oltre il ragionevole dubbio' come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, III, p. 883 e ss.; G. Canzio, *L'oltre ogni ragionevole dubbio come regola probatoria e di giudizio del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, I, p. 303 e ss.; C. Piemontese, *Il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio tra accertamento processuale e ricostruzione dei presupposti della responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, VI, p. 757 e ss.

[xviii] Si v., per tutte, T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 8 marzo 2019, n. 3099, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove – con riferimento alle sanzioni irrogate dall'AGCM in materia di tutela del consumatore (rilevanti, secondo un significativo orientamento, in senso penale ai sensi CEDU - cfr., in particolare, Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7699, in *Giustizia-amministrativa.it*) – si afferma che «[...] l'adozione di un provvedimento sanzionatorio per pratica commerciale scorretta nei confronti di un professionista deve comunque basarsi su un sostrato probatorio sufficiente a far ritenere, secondo il criterio del più probabile che non, che effettivamente il comportamento abbia avuto una, quantomeno apprezzabile, potenzialità lesiva».

[xix] Cfr., per l'impostazione generale, Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 582, in *Foro amm. CdS*, 2008, I, p. 93 e ss., ove si afferma che «[...] ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova 'oltre il ragionevole dubbio' (cfr. Cass. Pen. S.U. 11 settembre 2002, n. 30328, *Franzese*), mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o 'del più probabile che non', stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti, come rilevato da attenta dottrina che ha esaminato l'identità di tali standards delle prove in tutti gli ordinamenti occidentali, con la predetta differenza tra processo civile e penale [...]. Anche la Corte di Giustizia CE è indirizzata ad accettare che la causalità non possa che poggiarsi su logiche di tipo probabilistico (CGCE, 13/07/2006, n. 295, ha ritenuto sussistere la violazione delle norme sulla concorrenza in danno del consumatore se "appaia sufficientemente probabile" che l'intesa tra compagnie assicurative possa avere un'influenza sulla vendita delle polizze della detta assicurazione; Corte giustizia CE, 15/02/2005, n. 12, sempre in tema di tutela della concorrenza, ha ritenuto che "occorre postulare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili")». La Corte di Cassazione ha cura di precisare che «[d]etto standard di 'certezza probabilistica' in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa - statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconfidente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. evidence and inference nei sistemi anglosassoni)».

[xx] Si pensi, con riguardo alle sanzioni amministrative 'depenalizzate', all'art. 6, co. 11, del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, ove si dispone che «[i]l giudice accoglie l'opposizione quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente».

[xxi] In termini generali, sebbene con riferimento allo standard probatorio in materia di interdittive antimafia, cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove – dopo lo svolgimento di talune premesse in ordine alla natura 'abduittiva' del ragionamento giudiziario – si afferma che «[è] nell'area del ragionevole dubbio che si colloca il

criterio del 'più probabile che non': ciò che lo connota non è un diverso procedimento logico, ma la (minore) forza dimostrativa dell'evidenza and inferences».

[xxii] Cfr. Cass. civ., sez. III, 13 marzo 2014, n. 5787, in *Foro it.*, 2014, XII, p. 3568 e ss., ove – riflettendo in termini generali sulle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. – si sostiene che «[l]a prova logica, qual è appunto quella presuntiva, presuppone invece non la certezza, ma la mera probabilità d'un legame logico-causale tra fatto noto e fatto ignorato». Secondo la Corte di Cassazione, infatti, esiste «[...] una inferenza presuntiva tra fatto noto e fatto ignorato quando il secondo sia probabilmente la conseguenza più attendibile del primo». In questo senso cfr. Cass. civ., sez. III, 13 ottobre 1962, n. 2971, ove già si precisava che una prova presuntiva deve ritenersi convincente quando da più indizi possa trarsi una 'armonica spiegazione', anche se alcuni di essi siano passibili di diversa interpretazione. Si v., anche, Cass. civ., sez. II, 10 agosto 2007, n. 17615, ove l'affermazione per cui «[i]n tema di sanzione amministrativa [...] l'onere di provare tutti gli elementi oggettivi e soggettivi dell'illecito amministrativo sanzionato con l'ordinanza ingiunzione opposta, grava sull'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato, escluso il ricorso a presunzioni legali che non possono ritenersi stabilite a favore della stessa autorità se non quando i fatti sui quali esse si fondano siano tali far apparire l'esistenza del fatto ignoto come la conseguenza del fatto noto, alla stregua di canoni di ragionevole probabilità sempreché il giudizio su tale connessione sia motivato adeguatamente in relazione ai suddetti canoni». In materia di illeciti anticoncorrenziali, cfr. T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 14 novembre 2018, n. 10997, in *Foro amm.*, 2018, XI, p. 2004 e ss., ove si afferma che «[...] il giudice amministrativo, nella materia in esame, è chiamato comunque ad operare un sindacato estrinseco sulla correttezza logica dell'operato dell'Autorità, al fine di verificare l'iter ricostruttivo da questa seguito nell'analisi della norma e della sua applicabilità ai fatti concreti [...], accertando, in sostanza, se la 'possibilità' di pregiudizio alla concorrenza su un dato mercato, a scongiurare la quale la legislazione in materia è volta, si sia tradotta o meno, nell'attuazione pratica posta in essere dagli operatori economici, in una situazione di apprezzabile 'probabilità' di lesione, valutando il potenziale impatto negativo delle relative condotte sulla concorrenza, con riguardo al contesto giuridico ed economico»; nonché Id., 2 dicembre 2014, n. 12168, in *Foro it.* 2015, I, p. 29 e ss., ove si conclude nel senso che l'autorità amministrativa «[...] ha dunque svolto una adeguata istruttoria, e ciò ha condotto al rinvenimento di numerosi ed univoci elementi indiziari circa la ragionevole sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, [...], è ciò rende non irragionevole, e quindi non sindacabile, la valutazione di rilevante gravità della condotta che l'Autorità ha adottato nella decisione impugnata».

[xxiii] Cfr. K. Popper, *Poscritto alla logica della scoperta scientifica. I. Il realismo e lo scopo della scienza*, I, Milano, 1984, p. 35: «[u]n'asserzione o teoria [...] è falsificabile se e solo se esiste almeno un falsificatore potenziale, almeno un possibile asserto di base che entri logicamente in conflitto con essa».

[xxiv] Cfr., per tutte, Cass. civ., sez. I, 4 febbraio 2005, n. 2363, nella parte in cui si rileva che «[s]e è vero [...] che l'opposizione all'ordinanza irrogativa di una sanzione amministrativa introduce un ordinario giudizio di cognizione sul fondamento della pretesa dell'autorità amministrativa, cui spetta l'onere di dimostrarne gli elementi costitutivi, è altrettanto vero che detta autorità può avvalersi di presunzioni che trasferiscono a carico dell'intimato l'onere della prova contraria, purché i fatti sui quali essa si fonda siano tali da far apparire l'esistenza del fatto ignoto come una conseguenza del fatto noto, alla stregua di canoni di ragionevole probabilità e secondo regole di esperienze». In senso analogo cfr. Cass. civ., sez. I, 16 marzo 2001, n. 3837, in *Foro it.* 2002, I, p. 1502 e ss.

[xxv] La suddetta affermazione è assolutamente consolidata nella giurisprudenza convenzionale. Cfr., per tutte, Corte Edu, 27 settembre 2011 (*Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*).

[xxvi] Cfr., in particolare, Trib. UE, sez. II amp., 10 novembre 2017, in T-180/15 (*Icap plc c. Commissione europea*), § 256 s., ove si osserva che il principio di presunzione di innocenza «[...] costituisce un principio generale del diritto dell'Unione attualmente sancito dall'articolo 48, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, il quale si applica alle procedure relative a violazioni delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese, che possono sfociare nella pronuncia di multe o ammende». Il principio richiamato, inoltre, «[...] implica che ogni persona accusata è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. Essa osta, quindi, a qualsiasi constatazione formale ed anche a qualsiasi allusione alla responsabilità della persona cui sia imputata una data infrazione in una decisione che pone fine all'azione, senza che la persona abbia potuto beneficiare di tutte le garanzie inerenti all'esercizio dei diritti della difesa nell'ambito di un procedimento che segua il suo corso normale e si concluda con una decisione sulla fondatezza dell'addebito». Cfr., anche, Corte Edu, 1° aprile 2007 (*Geerings c. Paesi Bassi*), § 41 e ss.

[xxvii] Sul piano domestico è possibile riferirsi al principio di non colpevolezza di cui all'art. 27, co. II, Cost. («[l]'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva»). Il principio in discorso è sancito anche dall'art. 11, § 1, della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, ove si afferma che «[o]gni individuo accusato di un reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie necessarie per la sua difesa».

[xxviii] Con riferimento agli illeciti in materia *antitrust*, è stata avanzata in dottrina (cfr. M. Cappai, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'Agem*, in *Dir. soc.*, 2018, IV, p. 746), la proposta ricostruttiva secondo cui l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 15, co. 1, della l. 10 ottobre 1990, n. 287, impedirebbe «[...] all'Autorità di accertare e sanzionare l'illecito in presenza di valide ragioni addotte dall'accusato a difesa dei propri comportamenti». Secondo questa tesi, infatti, il principio di presunzione di innocenza, di cui all'art. 6, § 2, CEDU, dovrebbe valere quale parametro interposto idoneo a conformare la disposizione *cit.* della l. n. 287/1990, abilitando per l'effetto il giudice amministrativo a censurare – nella forma della violazione di legge – le decisioni dell'Autorità che non abbiano adeguatamente esaminato le difese 'attendibili' o 'maggiormente attendibili' addotte dall'asserito trasgressore in

sede procedimentale. In altri termini, laddove «[...] simili prospettazioni difensive siano state tempestivamente e ritualmente dedotte in sede procedimentale e l'Autorità nel provvedimento finale abbia ommesso di prendervi specificamente posizione oppure vi abbia semplicemente preferito, a parità di pregio, la propria (diversa) ricostruzione, tale carenza potrebbe ridondare anzitutto in una semplice violazione di legge ex art. 21-octies legge n. 241/1990 (se, appunto, l'art. 15, comma 1 legge n. 287/1990 fosse letto in combinato disposto con l'art. 6, § 2 CEDU)».

[xxxix] La sentenza, a sua volta, riprende una massima espressa dal giudice europeo. Cfr. CGUE 22 novembre 2012, in C-89/11 P (*E.ON Energie AG c. Commissione europea*), § 72, nella parte in cui si afferma che «[...] qualora sussista un dubbio nella mente del giudice, esso deve andare a beneficio dell'impresa destinataria della decisione che constata un'infrazione [...]. Infatti, la presunzione di innocenza costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, oggi sancito dall'articolo 48, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

[xxx] Cfr., ancora, CGUE 22 novembre 2012 *cit.*, § 74, ove si sostiene che «[...] il giudice dell'Unione sarà indotto ad annullare la decisione di cui trattasi qualora le imprese interessate adducano un'argomentazione che ponga in una luce diversa i fatti accertati dalla Commissione e che consenta quindi di sostituire una diversa spiegazione plausibile dei fatti a quella indicata dalla Commissione per concludere per la sussistenza di un'infrazione. Infatti, in un'ipotesi del genere, non si può considerare che la Commissione abbia fornito la prova della sussistenza di un'infrazione al diritto della concorrenza»; nonché, già in precedenza, CGUE 31 marzo 1993, in C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85 (*Ahlström Osakeyhtiö e a. c. Commissione delle Comunità europee*), § 126, ove si è annullata la decisione impugnata sulla base della constatazione per cui «[...] nella fattispecie, la spiegazione del parallelismo di comportamenti basata sulla concertazione non è l'unica plausibile»; e CGUE 28 marzo 1984, in C 29/83 e 30/83 (*Compagnie royales asturienne des mines SA e Rheinzink GmbH c. Commissione delle Comunità europee*), § 16, nella parte in cui si rileva che «[i]/ragionamento della Commissione è basato sull'ipotesi che i fatti accertati non possano essere spiegati se non con un'intesa fra le due imprese. Di fronte ad un assunto del genere, basta alle ricorrenti provare delle circostanze che pongano in una luce diversa i fatti accertati dalla Commissione e che consentano quindi di sostituire una diversa spiegazione dei fatti a quella indicata nel provvedimento impugnato».

[xxxi] Cfr. G. Canzio, *Il dubbio e la legge*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2018, p. 2, ove si rinviene la seguente definizione di 'dubbio ragionevole': «[...] non qualsiasi, possibile dubbio, astrattamente sempre configurabile, né il dubbio marginale, ma solo quello che, sorretto da oggettive evidenze probatorie, sia in grado di destrutturare l'apparente solidità dell'enunciato di accusa e, grazie all'opera maieutica del contraddittorio, immettere nel ragionamento giudiziale una plausibile spiegazione alternativa del fatto». Sui riflessi che lo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio dispiega (in senso limitativo) sul principio del libero convincimento del giudice cfr. F. Stella, *Giustizia e modernità*, *cit.*, p. 207, ove si chiarisce che «[l]a libertà del giudice è talmente vincolata che egli non può valutare le prove, la loro sufficienza o insufficienza, secondo un parametro purchessia, o, di nuovo, secondo il suo imperscrutabile giudizio; in particolare, non è libero di valutare le prove secondo il criterio della preponderanza dell'evidenza o del 'più probabile che no': se le prove presentate dall'accusa sono 'preponderanti' ma lasciano aperti dei dubbi, egli dovrà prosciogliere. E dovrà farlo perché glielo impone la legge: nel processo penale non basta che l'accusa presenti evidences 'preponderanti', giacché il suo onere probatorio si modella sullo standard molto più stringente dell'oltre il ragionevole dubbio».

[xxxii] Sull'applicazione di tale previsione si v., in particolare, CGUE 8 luglio 1999, in C49/92 P (*Commissione delle comunità europee c. Anic Partecipazioni SpA*), § 86, ove si rimarca che «[i]n caso di controversia sulla sussistenza di un'infrazione alle regole di concorrenza, spetta alla Commissione fornire la prova delle infrazioni che essa constata e produrre gli elementi di prova idonei a dimostrare l'esistenza dei fatti che integrano l'infrazione [...]. In quest'ambito spetta in particolare alla Commissione produrre tutti gli elementi che portino a concludere nel senso della partecipazione di un'impresa a una simile infrazione e della sua responsabilità per i diversi elementi che comportano».

[xxxiii] Cfr. il 5° considerando del Regolamento n. 1/2003 *cit.*: «[i]l presente regolamento non incide né sulle norme nazionali in materia di grado di intensità della prova né sugli obblighi delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri inerenti all'accertamento dei fatti pertinenti di un caso, purché dette norme e detti obblighi siano compatibili con i principi generali del diritto comunitario».

[xxxiv] Sullo sfondo vi è l'idea della differente declinazione della legalità 'penalistica' (nel senso CEDU) rispetto a quella amministrativa. Si v., a riguardo, D. Simeoli, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, *cit.*, p. 76, ove si rileva che «[...] le norme penali "definiscono" da sé i termini del conflitto tra le sfere giuridiche coinvolte; le norme amministrative "indirizzano" l'azione regolatrice degli apparati amministrativi, per fare in modo che gli stessi – in quanto delegati dall'ordinamento a "comporre" la gerarchia degli interessi coinvolti – operino in modo imparziale e coerente con l'indirizzo politico-amministrativo». Per queste ragioni, «[...] l'atto di accertamento dell'illecito amministrativo si configura, sul piano strutturale e funzionale, in termini diversi dalla nozione di "provvedimento"». Per la differente tesi, volta a sostenere la compatibilità tra la discrezionalità e la potestà sanzionatoria dell'amministrazione, con conseguente titolarità della posizione giuridica di interesse legittimo in capo al privato, cfr. S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2017, p. 383 e ss., ma anche *passim*.

[xxxv] Cfr. D. Simeoli, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, *cit.*, p. 77.

[xxxvi] La formula 'giudizio sul rapporto' è qui utilizzata in funzione meramente descrittiva e non in chiave dogmatica. Cfr., in proposito, D. Simeoli, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, *cit.*, p. 80, ove giustamente si osserva che «[n]ei giudizi sulle sanzioni amministrative punitive, oggetto del processo è, dunque, sia l'atto, sia il fatto illecito»: di talché, il controllo giudiziale è incentrato (p. 81) «[...] sul fondamento della pretesa punitiva dell'autorità amministrativa, potendo l'incolpato

contestare, non solo il modo con cui gli è stata applicata la sanzione, ma anche la stessa esistenza del “fatto”, nonché la concreta configurabilità giuridica della violazione».

[xxxvii] Cfr., in particolare, quanto affermato da Cass. civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013, ove si afferma che – al cospetto di provvedimenti amministrativi – il giudice «[...] non può esercitare un controllo c.d. di tipo forte sulle valutazioni tecniche opinabili, che si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile un controllo di ragionevolezza, logicità, coerenza». Cfr., tuttavia, quanto rilevato da G. Greco, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, III-IV, p. 487, ove si osserva che la prospettiva volta a limitare il sindacato del giudice amministrativo sui profili tecnici che caratterizzano – con larga frequenza – le fattispecie sanzionatorie si muove «[...] secondo la linea interpretativa che tende a stabilire il carattere illecito o lecito della condotta attraverso la legittimità o meno della decisione dell'Autorità (trasformando così un presupposto sostanziale in limite della discrezionalità)». Ad avviso dell'A. (p. 489), la condotta basata su una valutazione 'possibile', sebbene opinabile, deve essere considerata 'lecita' (o, quantomeno, non illecita). In termini generali, cfr. anche quanto autorevolmente osservato da F.G. Scoca, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, II, p. 257 e ss., ove – con riferimento ai provvedimenti delle autorità neutrali (e, in specie, dell'AGCM) – si è affermato che, trattandosi di atti che incidono su diritti soggettivi, si «[...] può pensare che il provvedimento amministrativo sia tale soltanto nella forma, ma non nella sostanza, e che, nel giudizio, venga ad emergenza non tanto l'atto (la legittimità dell'atto) quanto direttamente la situazione soggettiva, che ha natura, come si è detto, di diritto soggettivo» (p. 261). Di conseguenza, siccome «[...] non possono esservi scelte tecniche (tecnico-discrezionali) riservate all'Autorità, dato il carattere neutrale del suo potere, la natura decisoria dei suoi provvedimenti, e la loro incidenza su diritti soggettivi», sul piano processuale «[...] quello che viene qualificato come un giudizio di legittimità, si rivela in realtà essere un giudizio di verità e di fondatezza» (p. 265).

[xxxviii] Il ragionamento ripreso in corpo trova una più compiuta articolazione argomentativa nella precedente decisione, a firma del medesimo estensore, Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Dir. proc. amm.*, 2020, III, p. 740 e ss. (con importanti argomentazioni – in chiave critica – di M. Del Signore), ove si riflette sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM nel quadro dei (più generali) rapporti tra diritto e tecnica. *Ivi*, infatti, si osserva che «[m]entre gli studiosi del diritto civile e penale non hanno mai dubitato del fatto che la “decodificazione” dei concetti giuridici indeterminati spetta al giudice, cui è deputata la responsabilità istituzionale di estrapolare la norma dalla disposizione, nel diritto amministrativo si è per lungo tempo pensato ad essi come ad un ambito di valutazioni riservate alla pubblica amministrazione, non attingibile integralmente dal sindacato giurisdizionale, se non attraverso i dettami della c.d. “discrezionalità tecnica”. Nella sua primigenia formulazione, il principale corollario di tale concetto – che, peraltro, non ha mai raggiunto una definizione ed uno statuto univoco ed, anzi, ha dato luogo in passato a sofisticate categorizzazioni – era quello di delimitare il controllo giurisdizionale sulle valutazioni complesse all'interno di una prospettiva critica del tutto estrinseca ed esterna rispetto alla fattispecie concreta». In materia sanzionatoria, invece, «[...] non pare corretto impostare il discorso sul grado di intensità del controllo giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in termini di possibilità o meno di sindacato sostitutivo del giudice. Non operano infatti i limiti cognitivi insiti nella tecnica del sindacato sull'esercizio del potere, quando il giudice è pienamente abilitato a pervenire all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale invocata (nella specie, l'accertamento della realizzazione o meno dell'intesa illecita punita con una pesante sanzione pecuniaria)». Per una diversa impostazione, fondata sul presupposto teorico della presenza di discrezionalità (pura e tecnica) nell'attività sanzionatoria dell'AGCM, cfr. M. Cappai, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, n. 21/2019, p. 40, ove si perviene alla formulazione della proposta ricostruttiva – pur sempre incentrata sulla valorizzazione del principio di presunzione di innocenza – per cui «[r]imanendo all'interno di una giurisdizione di legittimità e senza andare dunque a snaturare la natura demolitoria del giudizio amministrativo di annullamento, si titolerebbe in questo modo il G.a. ad accogliere la censura di violazione o falsa applicazione di legge in tutti quei casi in cui, specie con riferimento all'attività di contestualizzazione dei concetti generali al caso concreto e di applicazione della norma contestualizzata al fatto concreto, la parte sia riuscita a fornire una spiegazione “attendibile” dei propri comportamenti incorrendo nondimeno in una sanzione». Il suddetto precedente è stato, tuttavia, ‘ridimensionato’ dalla medesima Sezione con la sentenza – di pochi mesi successiva – Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6022, in *Foro amm.*, 2019, IX, p. 1471 e ss., ove si è affermato che «[i]l sindacato giurisdizionale volto ad accertare le intese anticoncorrenziali è finalizzato a verificare se l'Autorità ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giurisdizionali».

[xxxix] Cfr. Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77, in *Giur. cost.*, 2007, II, p. 726 e ss. (con nota di A. Mangia), ove si rimarca che «[s]e è vero, infatti, che la Carta costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all'epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l'art. 24 (ribadendolo con l'art. 111) all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi». Di talché, «[q]uesta essendo l'essenziale ragion d'essere dei giudici, ordinari e speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale».

[xl] Si badi, nell'accezione di *standard* effettivamente ‘applicato’ dal giudicante e non quale mera formula verbale richiamata dalle sentenze di merito.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, maggio - giugno 2023

“Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo”.
Enrico Zampetti intervista Fabio Saitta

Fabio Saitta, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Catanzaro, è autore del volume *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo* (Napoli, Editoriale Scientifica, 2023). Ne illustra i contenuti nell'intervista curata da Enrico Zampetti, di seguito pubblicata.

(E.Z.) Il volume prende le mosse da quello che si definisce un *“fatto sociale indiscusso e incontrovertibile”* ossia che, attualmente, il rapporto tra giudice e legge *“vede il primo nettamente preponderante”* (p. 20). Più precisamente, si richiama l'attenzione sulla sempre *“più accentuata giurisdizionalizzazione della produzione delle regole normative, a discapito della produzione naturale delle stesse da parte del legislatore”* (p. 17). Come introduzione a questa intervista, può, quindi, essere utile indicare da subito quali siano le ragioni di fondo alla base di questa *“fuga verso un diritto sempre più giurisdizionale”* (p. 29).

(F.S.) Qui si dovrebbe fare un lungo discorso, perché a questa *“fuga”*, cioè in definitiva al progressivo indebolimento del potere legislativo, hanno sicuramente contribuito più fattori. *In primis*, la complessità giuridica: il diritto riflette la complessità della società, la cui irrefrenabile crescita ha reso indispensabile l'assunzione del momento giurisprudenziale nel processo di formazione ed implementazione della regola giuridica, determinando la fine del dominio giuspositivistico ottocentesco. Il rapporto tra legislatore e giudice è influenzato in modo rilevante dalla complessità: con riguardo all'evoluzione dell'assetto dei centri di produzione normativa; ai mutamenti nella configurazione degli interessi regolati, non più riducibili alle contrapposte figure dell'interesse pubblico e dell'interesse privato; all'evoluzione del sistema delle fonti, sempre più distante dal quadro armonico assicurato dalla costruzione geometrica ed ordinata della gerarchia.

La c.d. “crisi della legge” è frutto dell’acquisita consapevolezza dello sfuggire dell’esperienza quotidiana alle maglie delle leggi vigenti. Il moltiplicarsi delle visioni etiche, che frenano un legislatore opportunista e restio a misurarsi con decisioni critiche, il diffondersi delle “scelte tragiche” su aspetti essenziali della vita umana un tempo affidati alle leggi naturali ed un’evoluzione tecnologica troppo rapida per il legislatore fanno sì che i giudici – sia costituzionali che comuni – siano sempre più spesso destinatari di “deleghe” del legislatore, quindi costretti ad assicurare la tutela dei diritti e degli interessi costituzionalmente protetti mediante decisioni adottate sulla base di principi e scarse indicazioni legislative.

L’ingresso nell’armamentario giuridico di norme generali prive di fattispecie, come quelle costituzionali, ha pure contribuito ad espandere la discrezionalità dell’interprete, che è stato posto di fronte alla necessità di contemperare principi e valori, istanze individuali e collettive. La trasformazione dello Stato costituzionale ha posto, quindi, legislatore e giudici sempre più in posizione paritaria.

Non può essere certo trascurato, poi, il linguaggio del legislatore contemporaneo, spesso di modesta qualità ed in taluni casi volutamente ambiguo, che crea enormi problemi interpretativi ed applicativi. E’ a tutti noto come, non di rado, il legislatore utilizzi consapevolmente termini generici ed espressioni con più significati possibili, rimettendo al giudice il compito di riempirli di contenuto al momento della decisione del caso concreto. Si pensi ai concetti generici o alle clausole generali: conferire a queste ultime un elevato grado di indeterminatezza rappresenta spesso per il nostro legislatore una facile scorciatoia per trovare un compromesso tra forze politiche in disaccordo su questioni scottanti. E’ assai diffusa, dunque, l’impressione che il legislatore tenda ad addossare sempre più spesso ai giudici la soluzione di importanti questioni che imporrebbero scelte politiche da parte sua.

All’esaltazione della giurisdizionalizzazione del diritto ha, poi, sicuramente contribuito la globalizzazione del diritto, che Maria Rosaria Ferrarese ha definito “sconfinato”. Si allude alla diffusione dei soggetti che emanano regole giuridiche: alla legislazione degli Stati nazionali si affiancano ormai da tempo le normative dell’Unione europea, delle organizzazioni internazionali, delle autorità amministrative indipendenti e di soggetti privati, con una moltiplicazione di fonti accentuata dal c.d. *soft law*, prodotto da organi privi di potere legislativo, ma avente in concreto efficacia normativa.

(E.Z.) Nel volume si afferma che *“il ruolo che si ritiene debba essere assegnato al giudice dipende inevitabilmente dalla concezione che si abbia del diritto (in senso oggettivo) e, soprattutto, dalla funzione che quest’ultimo è chiamato ad assolvere”* (p. 45). In ragione di questa premessa, nel primo capitolo del libro, il tema viene opportunamente trattato con riferimento alle varie concezioni del diritto, inquadrando la discrezionalità del giudice nell’ambito della teoria generale dell’interpretazione. Per avviarci in questo cammino, quali indicazioni di massima possiamo trarre per il nostro tema dalle concezioni ascrivibili al giuspositivismo, al giusnaturalismo e al giusrealismo?

(F.S.) In estrema sintesi e seguendo, se mi è consentito, un ordine diverso, inizierei ribadendo che il *giusnaturalismo*, pur avendo fornito talvolta soluzioni astratte o poco convincenti, ha sempre svolto l’importante funzione di evidenziare la necessità che nel diritto positivo siano costantemente integrati i principi del diritto naturale, per garantire l’esigenza di giustizia, tentando di impedire che il diritto positivo venga ridotto a mera espressione

dell'arbitrio del sovrano. Come ha efficacemente notato Angelo Falzea, si tratta, quindi, di un movimento di pensiero che sta alla base dell'edificazione di regole giuridiche di ordine superiore in ragione dei valori ai quali le società umane riconoscono una importanza e un peso più elevato rispetto ai valori dei quali è fatto il vivere comune.

Il *giusrealismo* – che, forse, non può considerarsi una vera e propria corrente dottrinale, limitandosi a raggruppare diverse tendenze accomunate dalla netta ostilità, al contempo, verso il giuspositivismo (inteso come formalismo giuridico) e verso il giusnaturalismo – si caratterizza, sia nel filone americano che in quello scandinavo, per un approccio di tipo “pragmatico-comportamentistico” connesso ad un'idea prettamente sociale del diritto e ad una tendenza alla concretezza anziché alle regole astratte della ragione, nonché – per quanto qui maggiormente interessa – per l'assegnazione ai giudici di un ruolo centrale nella vita giuridica ed una peculiare concezione del problema dell'interpretazione.

Portando a considerare il diritto sul piano della realtà sociale empirica, esso ha contribuito a far in modo che, mentre una volta era considerato addirittura sovversivo credere che i fattori extragiuridici potessero influenzare le decisioni giudiziali, oggi appare addirittura ingenuo dubitarne e, quantomeno per i casi relativamente più importanti o difficili, credere che si possano trovare argomenti giuridici forti per entrambe le parti è divenuto un luogo comune. Quanto al *giuspositivismo*, nel libro ho provato a spiegare perché, nella versione “riformata” di Hart, esso esprima – a mio avviso – una posizione equilibrata, articolata e complessa, che apre all'ermeneutica, ritenendo, da un lato, che significato e verità non coincidano e non siano sovrapponibili e, dall'altro, che il diritto sia indeterminato o incompleto, *ergo* che, per poter essere applicate ai casi concreti, le norme debbano essere interpretate e che tale attività comporti la creazione del diritto entro i limiti comunque stabiliti dal legislatore.

(E.Z.) È un dato che, nel corso del novecento, il giuspositivismo abbia subito un significativo ridimensionamento, anche al di là del contesto del nazismo o della reazione di alcuni giuristi agli orrori del nazismo (v., ad esempio, Radbruch). Come puntualmente rilevato nel libro, soprattutto dopo l'avvento delle costituzioni europee del dopoguerra il giuspositivismo si rende conto (anche) dal suo interno “di come ogni concezione imperativistica e lo stesso formalismo kelseniano siano ormai inadeguati per spiegare i nostri sistemi giuridici” (p. 56). Semplificando al massimo, senza potere in questa sede ripercorrere la ricchezza e l'approfondimento del volume, la domanda - posta volutamente in termini generici - è la seguente: a partire da Hart, passando per Dworkin, fino a giungere al neocostituzionalismo e alle teorie ermeneutiche, come cambia l'approccio all'interpretazione e, più esattamente, quale ruolo assumono nel processo interpretativo del giudice i valori, i principi, la morale?

(F.S.) Costituzionalizzandosi e democratizzandosi mediante l'inclusione di diritti fondamentali azionabili e di principi sostanziali, lo Stato mette in moto un processo di “rimaterializzazione” del diritto positivo. Il ragionamento giuridico non può più essere ridotto ad una deduzione sillogistica da norme e prescindere da un accertamento della *ratio* e degli scopi dei provvedimenti e delle disposizioni né dal bilanciamento di principi, che a loro volta devono essere riempiti di contenuto mediante concezioni sostanziali di valori. La rigida separazione tra diritto e morale appare adesso come la prescrizione di un ideale e la pretesa di superiorità epistemologica del giuspositivismo rispetto al giusnaturalismo risulta ribaltata:

se ne accorgono bene gli stessi giuspositivisti, i quali propongono una giustificazione politica (valorativa) per una teoria del concetto di diritto come dispositivo disconnesso dalla morale. Com'è noto, nella seconda metà del secolo scorso, si è assistito al passaggio dal tempo dei codici a quello delle costituzioni, dalla legislazione minuta a quella dei principi, dei diritti fondamentali che si affermano per il tramite di una fonte di derivazione legislativa che sottrae alcune posizioni giuridiche del singolo alla disponibilità della maggioranza politica, quindi ad un nuovo modo di essere degli stessi sistemi giuridici democratici, che, attraverso i neonati giudici delle leggi, hanno rotto il tradizionale schema imperniato sulla classica divisione dei poteri. E' il fenomeno definito "neo-costituzionalizzazione", consistente nell'avvertita esigenza di valorizzare ed applicare i principi e le regole ricavati dalle costituzioni nazionali, per dirla con le parole del compianto Paolo Grossi, di "*cercare e trovare il diritto nel sostrato valoriale di una civiltà storica*", che ha generato un'ampia revisione di interi settori giuridici per effetto degli interventi – interpretazione adeguatrice ed applicazione diretta delle norme costituzionali – ad opera delle corti costituzionali e degli stessi giudici comuni. A partire da un determinato momento, i principi costituzionali sono stati invocati per orientare l'interpretazione di norme generali e per procedere alla concretizzazione delle clausole generali, finendo per favorire la diffusione di una generale propensione a riconsiderare interi istituti, che sono stati letteralmente pervasi nella loro intrinseca natura dai valori espressi dalle carte costituzionali. Ad un certo punto, intorno agli anni '70, il processo di alterazione della dinamica classica della relazione tra legge ed interpretazione è apparso ormai irreversibile ed ha determinato una sensibile trasformazione del giudice.

Del resto, i principi espressi dalle norme costituzionali sono valori che, dopo essere stati stabilmente incorporati nel sistema del diritto positivo, esigono una piena giuridicità e, a causa della loro pluralità e coesistenza, nonché per il differente peso che assumono di volta in volta nelle singole fattispecie concrete, devono essere bilanciati dall'interprete al fine di determinare la norma applicabile e la soluzione preferibile sulla scorta di un giudizio dipendente da molteplici caratteri. Va da sé, poi, che l'idea che i principi costituzionali siano sempre da ponderare – piuttosto che da applicare – e che tale ponderazione debba essere effettuata con principi morali inventati dai giudici possa suscitare alcune perplessità. Le operazioni di bilanciamento giudiziale presentano indiscutibilmente un tasso più o meno elevato di creatività, tant'è che gli stessi fautori dell'interpretazione "per principi" non possono far a meno di notare che un bilanciamento senza gerarchia deresponsabilizza il giudice, libero di non pronunciarsi su priorità di valori, con conseguente pericolo di scadimento nel puro decisionismo e nell'arbitrio; da qui la triplice esigenza di: evitare che il giudizio sui valori favorisca l'intolleranza e visioni assolutiste o fondamentaliste della vita; garantire che le argomentazioni giudiziali siano fedeli al testo costituzionale; assicurare una certa continuità nella giurisprudenza.

Se, poi, andiamo al problema principale indagato nel libro, che è quello di stabilire se l'attività interpretativa *lato sensu* intesa, cioè la scelta della norma applicabile ad un caso, richieda necessariamente oppure solo contingentemente il ricorso a valutazioni morali, la risposta è sicuramente affermativa, nel senso che il giuspositivismo è solito ammettere una siffatta connessione interpretativa, come conferma il ruolo della discrezionalità giudiziale riconosciuto da Kelsen, da Hart e dallo stesso Ferrajoli. Nello Stato costituzionale di diritto, dunque, l'accertamento della validità materiale delle norme giuridiche richiede, oltre alle componenti valutative tipiche di qualsivoglia attività interpretativa, anche una forma di ragionamento morale. Ciò ancorchè sia del tutto ovvio che, una volta che principi morali

siano entrati a far parte del diritto, la loro applicazione risenta di tecniche, argomenti e ragioni specificamente giuridiche: la comprensione e l'applicazione di quel principio saranno sempre mediate da forme di ragionamento giuridico, seppur inframmezzate da considerazioni giuridiche, in una fusione che non comporta l'abbandono della tesi positivista della separazione, ma ne limita la rilevanza alla sola determinazione della validità formale.

Che il giuspositivismo attuale non si ponga necessariamente in contrasto in relazione al tema dei rapporti tra diritto e morale è confermato dal pensiero di Angelo Falzea, che, pur essendo stato un giuspositivista, non è mai stato restio nell'invocare l'etica e nel parlare di valori oltre che di diritti.

(E.Z.) Nel dare atto dei progressivi cambiamenti che hanno variamente caratterizzato il processo interpretativo, il libro, tra i numerosissimi spunti, richiama l'attenzione su alcuni elementi: rottura della logica della fattispecie (p. 75); assunzione del valore degli interessi come criterio di valutazione della prescrittività legale (p. 75); sostituzione del metodo sussuntivo con il criterio del bilanciamento degli interessi e dei valori (p. 111). Di qui due domande tra loro correlate:

a) pur nell'apprezzamento di fondo per questi sviluppi del processo interpretativo (che vanno anche) oltre i canoni previsti dall'articolo 12 delle preleggi, quali sono i limiti invalicabili entro cui l'attività del giudice deve contenersi, per evitare che “*lo Stato costituzionale di diritto sia sostituito da uno Stato aristocratico di giurisdizione*”? (così Villata, citato nel volume a p. 186);

b) sul piano delle concezioni del diritto, perché l'opzione da preferire, in grado di scongiurare il rischio paventato, sarebbe quella per un “*giuspositivismo critico*” o “*moderato*”, la quale, come anche si trae dall'insegnamento della scuola civilistica messinese e in particolare di Angelo Falzea, riuscirebbe ad assicurare un adeguato equilibrio tra “*esigenze di certezza del diritto e l'inevitabile dinamismo dell'interpretazione*”, tra “*apertura ai valori e rigore metodologico*”? (p. 207; cfr. anche p. 191 ss.)

(F.S.) a) Come ho evidenziato nel libro, un conto è dire che l'interprete deve valutare gli interessi cristallizzati nella norma e le possibilità di adeguare quest'ultima ai vari momenti dell'evoluzione storica (Pugliatti), oppure osservare che ogni interpretazione esige una presa di coscienza della realtà storico-sociale del sistema e quindi un confronto tra il passato e il presente (Falzea), o anche notare – muovendo dalla nota impostazione gadameriana secondo cui il significato di ogni testo dipende sempre dal senso della domanda a cui esso vuole rispondere – che l'interprete non si deve porre in posizione passiva, ma deve immettere e far valere nel processo ermeneutico tutta l'attualità e contemporaneità del suo concreto e storico esistere (Grossi). Fin qui, ci si limita ad attribuire all'interprete il ruolo di mediatore tra testo e caso, norma e vita, ed a superare la vetusta visione dell'interpretazione come operazione di mera sussunzione o di apodittico sillogismo. Pensare che gli enunciati normativi possano avere un significato univoco, dato dalla somma dei significati delle singole parole, è evidentemente una banalità: il linguaggio è una questione complessa e – come abbiamo detto più volte con riguardo all'art. 12 delle Preleggi – le stesse singole parole possono avere più significati, ragion per cui il significato di una disposizione, per quanto chiara e precisa possa essere, non è mai scontato e il mito delle disposizioni chiare ed univoche è, appunto, un mito.

Acclarato, dunque, che ogni interpretazione è massimamente e resta manifestazione ed esercizio di libertà del pensiero, che però non vuol dire arbitrio, occorre, tuttavia, distinguere tra una creazione quale scelta, da parte del giudice, dell'interpretazione maggiormente sostenibile tra i possibili significati ascrivibili all'enunciato normativo ed una creazione quale introduzione, nel contesto del diritto positivo, di nuove disposizioni normative. Non v'è dubbio, infatti, che, pur essendo la legge, come ogni enunciato linguistico, suscettibile di una pluralità di interpretazioni, la sua naturale incertezza non deve condurre alla conclusione che l'interprete possa trarre da essa qualsiasi significato: esiste un punto di rottura oltre il quale l'interpretazione cessa di essere tale e si converte nella creazione di una nuova disposizione. Insomma, una cosa è interpretare un testo normativo, precisando i confini di una norma (riducendone la vaghezza), altra cosa è formulare una norma nuova: l'interpretazione è sempre interpretazione di *qualcosa*.

Come evidenzia bene Luigi Ferrajoli, dire che le norme sono “create” dall'interpretazione è come dire che la quinta sinfonia di Beethoven è creata dalla sua esecuzione e dalla sua interpretazione. In queste ultime parole, riecheggia la metafora dell'interprete senza spartito che ha ispirato il titolo del mio libro e che emerge in modo ancora più evidente nell'osservazione secondo cui la discrezionalità nell'applicazione della legge è simile in qualche modo a quella che si riscontra nell'esecuzione di uno spartito musicale: un'opera può essere eseguita in vari modi, ma esiste un limite, superato il quale, ciò che si esegue non è più *quello* spartito (Ferrua).

L'opera di adeguamento di un testo, dunque, non può essere condotta sino al punto di leggersi quel che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che vi fosse. Per individuare il confine oltre il quale si verifica quel superamento patologico dei limiti della discrezionalità interpretativa e si degenera nel creazionismo giudiziario da me criticato, va, allora, tenuto presente che esiste un'alternativa tra applicare in modo meccanico una norma senza inquadrarla sistematicamente e senza guardare alla fattispecie concreta e tranciare *in toto* il vincolo con il testo legislativo, che dovrebbe continuare ad avere una posizione di centralità nei procedimenti applicativi, facultando così ogni arbitrio interpretativo.

b) Nell'ultimo paragrafo del primo capitolo, ho provato a dimostrare come il giuspositivismo – che ha ormai da tempo apertamente respinto la teoria formalistica dell'interpretazione (si pensi a Kelsen e ad Hart), la quale ha finito per fare capolino, sia pure in termini assai diversi, in alcuni studiosi dichiaratamente antipositivisti (si allude chiaramente alla teoria dell'unica risposta corretta di Dworkin, nella quale è stata sovente rinvenuta una riproposizione di argomenti formalistici), sostanzialmente cambiando i connotati (tanto da essere stato ridefinito “*post-positivismo*”) – può essere, in alcune versioni recentemente definite “*intelligenti e informate*”, di persistente utilità.

Innanzitutto, filosofi del calibro di Villa hanno dimostrato in modo convincente che l'avalutatività delle descrizioni non è affatto una componente concettuale del giuspositivismo, ben potendosi sostenere che nelle attività conoscitive degli studiosi del diritto siano presenti giudizi di valore “*senza per questo mettere in questione il giuspositivismo a livello del concetto*”.

Probabilmente anche perché mi sono laureato a Messina, dove le prime lezioni che ho seguito sono state quelle da lui svolte nell'ambito del corso di *Introduzione alle scienze giuridiche*, mi è parso fondamentale l'insegnamento di Angelo Falzea, che, contestando radicalmente l'idealità del valore giuridico, in un sol colpo ha chiuso la partita tanto con il giusnaturalismo tradizionale quanto con il positivismo giuridico più formalistico, contrapponendo ad

entrambi una concezione del diritto “*reale oggettiva*”, che vede il diritto come una realtà che l’uomo trova nella sua vita, che si definisce nel suo linguaggio e nella sua cultura e che costituisce la base di valori positivamente validi al di là di qualsivoglia volontà arbitraria e mera soggettività. Pur tenendo ferma la positività del diritto come presupposto irrinunciabile della scienza giuridica, Falzea non l’intende in termini formali né naturali, ponendo a fondamento e garanzia di essa la permanenza di un interesse fondamentale di cui è portatrice la comunità giuridica (che, in antitesi alla *Grund-norm* kelseniana, lui chiama *Grund-Wert*). Si tratta di una “*positività ermeneutica*” che egli rinviene, in definitiva, nella circostanza che la decisione di ogni singolo caso è giusta proprio in quanto è presa dal giudice facendo confluire in essa il complesso dei principi e della storia che costituiscono il tessuto ordinante di una società. Pur essendo pienamente consapevole del primato ontologico del valore, che spiega e rende razionali le scelte normative, Falzea traccia, però, un confine al di là del quale l’interprete non può valicare il dato testuale né disporre dei sensi simbolici e formalizzati. Un giusto dosaggio tra giuspositivismo e valori – condiviso, peraltro, con Rodolfo De Stefano, giusfilosofo che, oltre ad aver insegnato per tanti anni con lui a Messina ed essersi anch’egli formato seguendo l’insegnamento di Pugliatti, ha costantemente affermato che l’interpretazione giuridica deve sì accertare i valori reali e sostanziali, le esigenze di giustizia via via emergenti nella realtà della vita sociale in modo da adeguare ad esse il diritto positivo, ma restando pur sempre confinata entro il limitato raggio delle correzioni ed integrazioni rese logicamente possibili dallo schermo simbolico dei testi di legge e del loro linguaggio – che, non soltanto a mio avviso, è di prepotente attualità, in quanto consente a Falzea di criticare con fermezza gli orientamenti che, muovendo dal carattere disorganico e mutevole della realtà giuridica odierna, “*suggeriscono di passare da una regolamentazione per fattispecie [...] a una regolamentazione per principi?*” e “*quando riconducono il diritto al fatto – o, che è lo stesso, lo rimettono ai giudici – fanno tornare indietro culturalmente il pensiero giuridico, riportandolo sulla via senza sbocco del realismo giuridico*”.

Del resto, è stato dimostrato in modo convincente che difendere il principio di avalutatività non è incompatibile con una seria presa in considerazione dei valori facenti parte del fenomeno sociale oggetto di studio. La circostanza che fra gli strumenti a disposizione del giurista per giudicare sulla validità di una norma vi siano anche i valori incorporati nella Costituzione, infatti, non implica in alcun modo che il giurista li debba necessariamente fare propri, ben potendo i giudizi di valore essere impiegati in funzione conoscitiva, al fine di descrivere l’esistenza di norme effettive ancorché invalide o la disapplicazione di norme vigenti e valide o, ancora, la vigenza di norme invalide.

E’ per questo che un giuspositivismo critico può svolgere questa importante funzione senza perdere i propri presupposti fondamentali e, in particolare, senza oltrepassare la linea di confine tra i giudizi di valore giuridici interni (ricognitivi), collocabili all’interno della scienza del diritto, e quelli ideologico-politici (creativi), che fanno parte, invece, della politica del diritto.

In conclusione (mi rendo conto che ci sarebbe tanto altro da dire), mantenendo fermi alcuni punti teorici fondamentali, tra i quali la distinzione tra mera “interpretazione” della legge ed “integrazione” dell’ordinamento, gli assunti fondamentali dell’ermeneutica giuridica, ove depurati delle affermazioni più estreme, e quelli di un moderno positivismo critico – che riconosca, cioè, un essenziale ed ineliminabile momento valutativo che caratterizza l’attività di interpretazione ed applicazione del diritto – si possono sicuramente conciliare.

Ritenere che il giudice debba agire in base alle fattispecie astratte presentate dal diritto positivo – e non, ad esempio, a determinati ideali – è, infatti, cosa ben diversa dal ritenere che la sua azione – ad esempio, la qualificazione normativa di un fatto – sia priva di scelte interpretative.

(E.Z.) I tre capitoli centrali del libro sono specificamente dedicati all'attività interpretativa del giudice amministrativo. Complici le “maglie larghe” del codice del processo amministrativo (ma anche della precedente legislazione processuale), tale attività non sempre pare contenersi nei limiti di un'ordinaria attività interpretativa. Il volume esamina numerosissimi istituti processuali propri di ciascuna fase del processo indicandone le evoluzioni e illustrandone le varie interpretazioni offerte dalla giurisprudenza (cap. II: instaurazione, fase cautelare e istruzione probatoria, p. 211 ss.; cap. III direzione del processo, p. 301 ss.; cap. IV decisione e giudizio di ottemperanza, p. 351 ss.). Solo per citarne alcuni: *translatio iudicii*; astensione facoltativa; intervento *iussu iudicis*; qualificazione e conversione delle azioni; poteri istruttori officiosi; principio di non contestazione; verifica e consulenza tecnica; ammissione di nuovi mezzi di prova e nuovi documenti in appello; annullamento con rinvio al primo giudice; modalità del contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio; sospensione del processo; spese di giudizio; condanna al risarcimento del danno; giurisdizione di merito e poteri sostitutivi; modalità di ottemperanza; dichiarazione d'inefficacia del contratto d'appalto e sanzioni alternative. Sarebbe molto interessante soffermarsi su ciascuno degli istituti processuali menzionati nel libro, ma non possiamo farlo in questa sede. Ci può, però, indicare due o tre tra questi istituti che, secondo il suo convincimento, rivelano più di altri una vicenda interpretativa che si pone al di fuori dei limiti fisiologici dell'interpretazione?

(F.S.) Diciamo che c'è l'imbarazzo della scelta.

Se mi è consentito, però, più che evidenziare ipotesi nelle quali è il giudice amministrativo ad esondare, diciamo così, dai limiti fisiologici dell'interpretazione, menzionerei due casi in cui è la legge processuale a lasciargli eccessivi spazi di manovra: la *decisione sulle spese di giudizio* e la *dichiarazione d'inefficacia del contratto d'appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione*.

Per quanto attiene al primo caso, è noto a tutti come in passato la giurisprudenza amministrativa propendesse nettamente per la compensazione delle spese, che praticava con larghezza talmente eccessiva da invertire quasi il rapporto tra regola ed eccezione delineato dal dettato normativo; prassi fondata sull'anacronistica considerazione che non fosse consentito condannare l'amministrazione alle spese del giudizio perché essa pur essendo formalmente parte del processo non assume mai la veste di parte soccombente, agendo sempre come organo pubblico preposto all'esecuzione e alla salvaguardia della legge. Una politica giurisprudenziale che era evidente manifestazione della concezione, ormai da tempo superata, del processo amministrativo come processo di parti non paritarie.

Dopo l'avvento del codice, è stato applicato più frequentemente il criterio generale della soccombenza, ma si rinvengono tuttora tante sentenze in cui il giudice amministrativo afferma di avere ampi poteri discrezionali in ordine alla statuizione sulle spese e, se del caso, al riconoscimento, sul piano equitativo, dei giusti motivi per far luogo alla compensazione ovvero escluderla. Non mancano, poi, decisioni in cui si torna ad affermare tralattivamente che la statuizione del giudice assunta in ordine all'assegnazione delle spese di causa (compresa la possibilità di compensarle tra le parti) costituisce una valutazione ampiamente

discrezionale di equilibrio processuale, senza che il giudicante sia tenuto a motivare la decisione assunta. E, come segnalo nel libro, la gamma di formule con le quali viene giustificata la compensazione delle spese è assai variegata: “*complessità delle questioni trattate*”, “*natura degli interessi coinvolti*”, “*definizione transattiva*”, “*peculiarità della vicenda*”, “*evoluzione del quadro giurisprudenziale di riferimento*”, “*margini di opinabilità delle valutazioni oggetto di causa*”; e chi più ne ha più ne metta.

Infine, dev’essere – a mio avviso – stigmatizzata la prassi di non applicare il principio della soccombenza nel caso in cui la parte intimata non si sia costituita in giudizio ed il ricorso sia stato accolto, prassi che sembra muovere dalla deprecabile idea di una sorta di superiorità sociale dell’amministrazione intimata rispetto al ricorrente.

Tutto ciò mi ha indotto a concludere polemicamente il paragrafo dedicato a quell’istituto con l’affermazione – evidentemente mutuata da un noto scritto di Mario Nigro – che il giudice amministrativo continua ad essere il... “signore delle spese”.

I poteri giudiziali sull’efficacia del contratto sono evidentemente connotati da un’amplissima discrezionalità. Lasciamo stare se si tratti di giurisdizione estesa al merito, di una valutazione equitativa, ecc. ecc.. Certamente, nella concreta ponderazione dei contrapposti interessi, il giudice chiamato a decidere le sorti del contratto sembra esercitare una discrezionalità più propriamente pertinente all’esercizio del potere amministrativo, anche se un siffatto potere non può ritenersi totalmente “nuovo”, essendoci svariate ipotesi in cui al giudice vengono attribuite valutazioni discrezionali di carattere concreto e specifico, limitate dal solo parametro della ragionevolezza. Parimenti indubbio è che la scelta legislativa di affidare al giudice amministrativo un così delicato bilanciamento di interessi sia quantomeno opinabile, specie ove si consideri l’ampia libertà che era stata lasciata agli Stati membri dal legislatore comunitario: si sarebbero potute prospettare soluzioni diverse, *id est* individuare il c.d. “*organo di ricorso indipendente dall’amministrazione aggiudicatrice*” in un organo non giurisdizionale, come ad es. l’A.V.L.P. (oggi A.N.A.C.).

Così non è stato, per cui ci troviamo di fronte ancora una volta all’attribuzione al giudice amministrativo del compito di effettuare un bilanciamento di interessi espressi in clausole generali che gli conferiscono grande discrezionalità decisoria, con tutti i pro e i contro che ciò comporta, in particolare in un settore così delicato come quello degli appalti pubblici. Non a caso, d’altronde, anche nell’ambito del Consiglio di Stato non sono mancate perplessità su questa tendenza legislativa a configurare, in modo sempre più frequente, vere e proprie ipotesi di “*giudice-amministratore*”, quasi a voler confermare il vecchio motto “*juger l’administration c’est administrer*”, ed un fine giurista come Giovanni Verde si è chiesto fino a che punto sia possibile “*caricare sul giudice [...] il peso di scelte che spettano in primo luogo a chi ci rappresenta democraticamente*”.

(E.Z.) Alla fine del quarto capitolo vengono ancora esaminati alcuni “casi controversi” di quella che “per comodità, preferiamo definire giurisprudenza amministrativa «creativa»” (p. 458 ss.): modulazione degli effetti caducatori della sentenza di annullamento; termine per ricorrere nel rito appalti; appellabilità di decreto cautelare monocratico; individuazione di una anomala ipotesi di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse; effetto sospensivo automatico del ricorso; onere della prova dell’inutilità della partecipazione al procedimento (art. 21 *octies*, co. 2, l. 241 del 1990); scia e autotutela; abuso del processo. Non abbiamo il tempo di soffermarci su tutti questi casi controversi (magari potranno essere ripresi nel

dibattito successivo all' intervista). Tuttavia, quali sono i casi in cui è più evidente una forzatura del dato normativo e, soprattutto, in che modo e in base a quali argomentazioni viene giustificata dalla giurisprudenza una così evidente forzatura?

(F.S.) Anche qui c'è l'imbarazzo della scelta, ma siccome il tempo a nostra disposizione continua a diminuire mi limito anche stavolta ad indicare soltanto due casi.

Un'opzione interpretativa quantomeno ardata – non a caso definita da Enrico Follieri vera e propria “*ingegneria processuale*” e da Michele Fornaciari “*ultimo parto di una fantasia [...] veramente inesaurita*” – è quella, oggi al centro dell'attenzione per la vicenda delle cc.dd. “*concessioni balneari*”, attinente alla *modulazione degli effetti caducatori della sentenza di annullamento*.

Tra le tante osservazioni critiche che sono state rivolte a questo indirizzo sin dal 2011, mi sembra particolarmente efficace quella secondo cui, quando utilizza il potere di modulare gli effetti dell'annullamento che si è autoproclamato, il giudice si sostituisce arbitrariamente alla pubblica amministrazione valutando in sua vece l'opportunità o meno del mantenimento di tali effetti per tutelare un interesse pubblico e svolge un ruolo ben diverso da quello che gli è stato assegnato nell'ambito della giurisdizione di legittimità (R. Dipace). La manipolazione della pronuncia (tipica) di annullamento, infatti, viene posta in essere a seguito di una chiara ponderazione tra gli interessi presenti in giudizio, con evidente superamento del confine tra giudicare ed amministrare (A. De Siano).

Francesco Caringella, a cui va tutta la mia stima, rivendica la “signoria” del giudice amministrativo sugli effetti delle proprie pronunce, assumendo che serve ad assolvere al non agevole compito di “*calibrare la misura della tutela, necessaria e sufficiente, onde placare l'ansia di protezione che anima il ricorso*”. Mi sia consentito garbatamente dissentire, condividendo l'auspicio che l'attività *lato sensu* creativa del giudice si svolga sempre all'interno di un processo conoscitivo basato su un metodo dialettico, in cui la creazione giudiziale sia la sintesi delle contrapposte opinioni delle parti e non il frutto di intuizioni solitarie del giudice, per quanto ispirate dal nobile intento di assicurare una giustizia effettiva (A. Cassatella).

Un rapido cenno, poi, ad una questione che mi è sempre stata a cuore (anche se devo confessarvi che ormai mi sono rassegnato): *l'interpretazione dell'art. 21-octies, comma 2, della legge sul procedimento*.

Risale a più di quindici anni fa l'affermazione del Consiglio di Stato secondo cui, ancorchè tale disposizione ponga in capo all'amministrazione (e non al privato) l'onere di dimostrare, in caso di mancata comunicazione dell'avvio, che l'esito del procedimento non poteva essere diverso, onde evitare di gravare la pubblica amministrazione di una *probatio diabolica* (quale sarebbe quella consistente nel dimostrare che ogni eventuale contributo partecipativo del privato non avrebbe mutato l'esito del procedimento), è preferibile interpretare la norma in esame nel senso che il privato non possa limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma debba anche quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione. Secondo tale giurisprudenza, dunque, solo dopo che il ricorrente ha adempiuto quest'onere di allegazione (che la norma implicitamente porrebbe a suo carico), la pubblica amministrazione sarà gravata del ben più consistente onere di dimostrare che, anche se quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato.

Di fronte ad una simile affermazione, che subordina gli oneri di allegazione e prova incombenti sull'amministrazione resistente all'adempimento, da parte del ricorrente, di un onere di allegazione di cui nella norma, sinceramente, non v'è proprio traccia, non ho potuto far altro che constatare amaramente quanto sia errata l'affermazione condensata nel noto

brocardo *“in claris non fit interpretatio”*. Il giudice amministrativo, infatti, ha riscritto a proprio piacimento una norma giuridica che non generava alcun dubbio interpretativo.

(E.Z.) Riprendendo concetti che percorrono tutto il libro, nell'ultimo capitolo si evoca l'esigenza di tornare a un diritto calcolabile, prevedibile, dove il rapporto tra giudice e legislatore sia correttamente equilibrato (p. 533). Tuttavia, vi è la consapevolezza che l'incertezza non possa essere del tutto eliminata, ma che la si debba attenuare attraverso un uso accorto della funzione legislativa e, soprattutto, attraverso un controllo della decisione giurisdizionale che ne sappia dimostrare la “correttezza della soluzione raggiunta, la sua razionalità, persuasività, efficienza (anche economica)” (p. 145). Più precisamente, i percorsi giurisprudenziali dovrebbero rendersi “prevedibili” attraverso l'argomentazione (motivazione) della decisione, l'esperimento dei rimedi impugnatori, un uso equilibrato del precedente giudiziale, il ruolo critico e di controllo della dottrina. L'ultima domanda è, allora, riservata proprio alla dottrina, che, come anche si evidenzia nel volume, avrebbe ormai perso molta della sua capacità di influire sui giudici e sull'evoluzione giurisprudenziale (p. 160). Ad oggi quale compito dovrebbe svolgere la dottrina perché il suo apporto assuma uno specifico rilievo e una reale utilità sia per l'attività (interpretativa) del giudice che per l'attività legislativa?

(F.S.) E' opinione diffusa che l'interpretazione manifesti oggi un bisogno di correttezza che, non potendo più essere soddisfatto dal giuspositivismo, richieda l'apporto della dottrina, chiamata a mettere in pratica con rigorosi ragionamenti il principio per cui, tra le possibili interpretazioni di una norma, la più corretta è quella sostenuta dalla migliore giustificazione argomentativa, idonea a confutare e superare ogni argomento contrario. Come magistralmente evidenziato da Luigi Mengoni, in presenza di un diritto positivo spesso assai difficile da decifrare, la dogmatica dovrebbe assicurare una *“rezezione controllata”* delle valutazioni sociali dell'ordinamento positivo mediante la loro trasformazione in categorie sistematiche e, lungi dall'imbrigliare l'interprete, offrire una base di partenza per esplorare la possibilità di nuove soluzioni in luogo di quelle già sperimentate.

Purtroppo, la dottrina è venuta meno al proprio compito principale, che oggi dovrebbe essere quello di approfondire la discussione razionale sul contenuto dei principi, molti dei quali sono continuamente affermati, ma in modo approssimativo o grossolano, il che contribuisce a rendere arbitrarie molte decisioni giudiziarie dichiaratamente ispirate ai principi stessi. Sempre secondo Mengoni, ciò è dovuto, innanzitutto, al crescente fiorire di un filone di letteratura giuridica di tipo descrittivo, rappresentata da raccolte più o meno ordinate di aforismi giurisprudenziali, registrati acriticamente come basi di previsione dei futuri comportamenti dei giudici. Ma, come riferisco nel libro, vi sono varie altre ragioni pratiche che, verosimilmente, fanno sì che il peso della dottrina sia oggi assai modesto proprio nell'evoluzione del diritto amministrativo.

Sta di fatto che siffatta tendenza è tutt'altro che rassicurante, nella misura in cui, quanto più s'indebolisce il ruolo della scienza giuridica, tanto più aumenta la possibilità che si formi un residuo irrazionale proveniente dalla precomprensione soggettiva del giudice: va, quindi, accettato senza indugio l'invito rivolto alla dottrina da Riccardo Villata a non perdere mai *“la consapevolezza del proprio ruolo”* ed evitare il rischio di apparire o risultare *“compiacente”* o *“dormiente”*.

Nel mio piccolo, ci ho provato.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-599-4

Diritto e processo amministrativo, n. 2619 – 19 gennaio 2023

Introduzione a un dibattito sul tema dell'autonomia differenziata*

di Enrico Zampetti

Il tema di oggi è di stretta attualità considerato che, negli ultimi giorni dello scorso anno, il Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie ha trasmesso alla Presidenza del Consiglio dei Ministri il testo del disegno di legge recante l'attuazione dell'articolo 116 co. 3 Cost. Attualmente risulta presentato al Senato un disegno di legge dell'opposizione per l'attuazione del medesimo articolo 116 co. 3 Cost. e, presumibilmente, nel prossimo futuro ne saranno presentanti degli altri.

Non possono qui essere tratteggiate, neppure per cenni, le varie tappe che hanno sinora caratterizzato il processo di autonomia differenziata (che, ad oggi, non risulta perfezionato per nessuna Regione), ma un dato può essere evidenziato: rispetto al momento iniziale si è progressivamente allargata la platea delle Regioni interessate alla differenziazione, sicché ad oggi l'autonomia differenziata assume la rilevanza di un fenomeno più generale, non esclusivamente circoscritto alle Regioni del Nord, ma esteso anche ad altre Regioni che, quantomeno in via astratta e potenziale, vedono nel regionalismo differenziato un possibile rilancio del sistema autonomistico, anche nell'ottica di un superamento degli squilibri esistenti.

Al contempo, all'aumento delle Regioni interessate è corrisposto un progressivo aumento delle materie coinvolte dal processo di differenziazione, sino a registrare iniziative riguardanti tutte e ventitré le materie indicate dalla norma costituzionale.

In questo contesto di più ampio interesse per l'autonomia differenziata, si avverte, dunque, l'esigenza di una legge quadro che garantisca una procedura unica e uniforme. Ciò non è affatto scontato perché, se è vero che anche in passato era stata avanzata la proposta di una legge quadro (si vedano, ad esempio, le iniziative del 2007 sotto il Governo Prodi e del 2019

sotto il governo Conte II), in altre occasioni il processo per ottenere l'autonomia differenziata si è avviato in diretta attuazione dell'articolo 116 co.3 (si pensi, ad esempio, alle preintese del febbraio 2018 a seguito dei referendum indetti da Lombardia e Veneto). Peraltro, anche in dottrina si registrano differenti orientamenti: accanto a posizioni che invocano la necessità di una legge quadro per ragioni di uniformità, altre la escludono sul presupposto che l'art. 116, co. 3, ponga soltanto un problema d'interpretazione ma non di attuazione costituzionale.

Ad ogni modo, tanto l'attuazione diretta dell'articolo 116 co. 3 Cost. quanto la sua attuazione attraverso una legge quadro devono misurarsi con una serie di questioni che variamente interessano il tema dell'autonomia differenziata e sulla base delle quali vanno esaminate e valutate anche le recenti proposte. Resta inteso - ma è forse superfluo sottolinearlo - che la questione più generale e rilevante richiede di inquadrare l'autonomia differenziata nell'ambito dei principi di unità e solidarietà sanciti a livello costituzionale, nell'ambizioso obiettivo di assicurare l'uguaglianza nella differenziazione. Al di là di questo aspetto centrale sul quale si concentra da sempre il dibattito sull'autonomia differenziata, più in dettaglio possono individuarsi alcuni profili problematici che passo sinteticamente ad esporre e che verranno in parte ripresi e approfonditi dalle successive relazioni.

Oggetto dell'autonomia differenziata.

L'autonomia differenziata riguarda tanto le competenze legislative quanto le competenze amministrative. Per quanto riguarda le prime, l'elemento di criticità concerne essenzialmente la quantità di materie che possono interessare il processo autonomistico. Se infatti il processo di differenziazione può coinvolgere astrattamente tutte le materie richiamate dall'articolo 116 Cost., è stato sottolineato che, ove la devoluzione dovesse interessarle tutte contestualmente, ciò rischierebbe di alterare le competenze legislative sancite a livello costituzionale, in deroga al procedimento di revisione previsto dall'art. 138 Cost.

Sotto un altro aspetto, si è espressa preoccupazione per la devoluzione di materie relative ad interessi (avvertiti come) unitari e difficilmente frazionabili (il riferimento è, ad esempio, alle materie coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, porti e aeroporti civili, istruzione, sanità, commercio con l'estero, produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia). Anche nel tentativo di superare questa preoccupazione, si è talvolta sostenuto che, più che la materia nella sua astrattezza, la proposta regionale debba individuare gli obiettivi o le politiche che si intendono concretamente perseguire con l'autonomia differenziata, di modo che, in fase di intesa, si possano più agevolmente individuare le modalità di realizzazione di quegli obiettivi o di quelle politiche.

Per quanto riguarda le competenze amministrative, va precisato che il conferimento alle Regioni di funzioni amministrative non è esclusivo appannaggio dell'autonomia differenziata, ma si determina anche in base all'articolo 118 della Costituzione in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Si è così sottolineato che la Regione potrebbe risultare titolare di funzioni amministrative sia in applicazione dell'articolo 118 Cost. che dell'articolo 116, co.3, Cost., con la differenza che, in quest'ultimo caso, le competenze amministrative sarebbero modificabili soltanto mediante il procedimento previsto dalla relativa norma costituzionale.

Ruolo del Parlamento.

Un'ulteriore preoccupazione riguarda il ruolo del Parlamento nel processo di autonomia differenziata. Emerge, in particolare, il seguente interrogativo: la legge contemplata dall'articolo 116 Cost., che approva l'intesa a maggioranza assoluta, può emendare l'intesa o richiederne modifiche, ovvero deve approvarla o rifiutarla in blocco? L'orientamento maggioritario sembra configurare la legge in esame come una legge di mera ratifica, al pari delle leggi che approvano le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica. Al contempo, le varie proposte succedutesi nel tempo, tra cui anche le ultime, cercano di recuperare il ruolo del Parlamento attraverso il coinvolgimento delle competenti commissioni parlamentari, per lo più chiamandole ad esprimere pareri durante la fase di costruzione dell'intesa. Occorre verificare se e in che termini questo coinvolgimento possa ritenersi adeguato e sufficiente, ma di questo non possiamo occuparci in questa sede.

Il sistema di finanziamento.

Il sistema di finanziamento dell'autonomia differenziata dovrebbe essere coerente con quanto previsto dall'articolo 119 Cost., e in particolare con il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse secondo il quale le funzioni attribuite agli enti territoriali sono finanziate con tributi propri, compartecipazione al gettito di tributi erariali riferibile al territorio regionale, fondi perequativi. Tuttavia, è noto come il federalismo fiscale non risulti ancora compiutamente attuato e come tale inattuazione sia stata ulteriormente determinata dalla crisi economica e dal contesto pandemico. Talvolta, si è così assistito ad un accentramento delle competenze e della gestione delle risorse, che anch'esso ha contribuito ad impedire il passaggio da un sistema a finanza derivata a un sistema effettivamente incentrato sull'autonomia finanziaria degli enti territoriali. In estrema sintesi, (anche) il sistema di finanziamento dell'autonomia differenziata sconta e risente della mancata piena attuazione dell'articolo 119 Cost.

In ogni caso, si devono adeguatamente sottolineare le finalità perequative che pervadono l'articolo 119 Cost. e che vengono a tradursi nella necessaria redistribuzione del gettito raccolto a livello regionale. Sotto questo profilo, alcune criticità possono riguardare il c.d. residuo fiscale, ossia la differenza tra quanto un territorio versa allo Stato sotto forma di imposte e quanto riceve sotto forma di spesa pubblica. Proprio nell'ottica della perequazione, vanno così valutate eventuali rivendicazioni delle Regioni con più alto residuo fiscale a trattenere una maggiore percentuale del gettito prodotto nei rispettivi territori, considerato che siffatte rivendicazioni potrebbero sottrarre alla finanza pubblica risorse da redistribuire in ottica perequativa. Di questo aspetto si è occupata anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 118 del 2015.

I livelli essenziali delle prestazioni (LEP).

Un ulteriore elemento di criticità riguarda i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (LEP).

Si tratta del profilo che più ha acceso il dibattito di questi ultimi giorni. Volendo semplificare al massimo, l'interrogativo di fondo è il seguente: si può procedere con l'autonomia differenziata anche se non siano stati previamente definiti i LEP oppure è necessario prima definire i LEP e soltanto dopo attivare il processo di differenziazione?

Va subito precisato, anche perché il dibattito odierno può fuorviare, che la definizione dei LEP è prevista dalla Costituzione a prescindere dall'autonomia differenziata, a presidio di quegli elementi unificanti con cui il principio autonomistico deve necessariamente convivere. In quest'ottica, come sancisce la legge 42 del 2009 sul c.d. federalismo fiscale, la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni incide anche sui criteri di allocazione delle risorse perché implica il passaggio dal criterio della spesa storica al criterio incentrato sui fabbisogni e i costi *standard*. Come noto, attualmente i LEP non risultano ancora definiti in via generale, con una duplice implicazione: non si sa con esattezza quali siano i livelli essenziali delle prestazioni, salvo dedurli per alcuni settori dalla normazione positiva; si ostacola il passaggio dal criterio della spesa storica al criterio dei fabbisogni e costi standard.

Ma veniamo più da vicino al rapporto tra LEP e autonomia differenziata: ove anche si ritenga che, da un punto di vista formale, la (previa) definizione dei LEP non condizioni l'autonomia differenziata, è indubbio che la previa definizione dei LEP, e quindi la previa determinazione dei fabbisogni e costi *standard*, venga avvertita come presupposto necessario del processo di autonomia differenziata, proprio per evitare che si perpetui l'applicazione del criterio della spesa storica: ossia un criterio che, basandosi su quanto si è speso negli anni precedenti, non è affatto detto che assicuri le risorse necessarie per garantire l'erogazione dei servizi secondo predeterminati standard qualitativo-quantitativi. In sostanza, come emerge dal dibattito di questi giorni, se il processo di autonomia dovesse avviarsi e completarsi senza che siano stati previamente definiti i LEP, il divario già esistente tra le Regioni rischierebbe di restare tale e si sarebbe persa un'occasione nell'ottica dell'uniforme garanzia dei diritti civili e sociali.

Ebbene, l'ultima legge di bilancio, ai commi 791 e ss., ha previsto che i LEP debbano essere definiti entro un termine ben preciso e che *“l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, relative a materie o ambiti di materie riferibili, ai sensi del comma 793, lettera c), del presente articolo, ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale, è consentita subordinatamente alla determinazione dei relativi livelli essenziali delle prestazioni (LEP)”*, subordinando così il processo di autonomia differenziata alla previa determinazione dei LEP. Resta inteso che, per garantire uniformemente i diritti civili e sociali, anche nella prospettiva dell'autonomia differenziata, non è sufficiente la preventiva definizione dei LEP, ma è altresì necessario lo stanziamento delle relative risorse e la previsione dei meccanismi attraverso cui assicurarne il concreto finanziamento. Una definizione dei LEP alla quale non si accompagni lo stanziamento delle risorse lascerebbe pressochè inalterata l'attuale situazione.

* * *

Questi, sia pur sommariamente indicati, sono alcuni degli aspetti che richiedono una rinnovata riflessione sull'autonomia differenziata nell'attuale contesto di riferimento e che ci hanno indotto ad organizzare questo incontro di approfondimento. Mi fermo qui per lasciare spazio ai nostri relatori che, da varie angolazioni tratteranno alcuni degli aspetti che ho cercato di sintetizzare in questa breve introduzione.

Interverranno subito i professori Francesco Manganaro e Fabrizio Tigano che dovranno lascarci a beve perché impegnati nel Consiglio direttivo dell'Associazione italiana professori di diritto amministrativo. In particolare, il prof. Francesco Manganaro ci illustrerà se e in che termini il regionalismo differenziato riesca a conciliare l'autonomia con il superamento dei divari regionali, mentre il prof. Fabrizio Tigano si concentrerà anche sui rapporti tra

autonomia differenziata e autonomie speciali. Seguiranno, in ragione delle tematiche trattate, gli interventi del prof. Antonio Bartolini sul principio autonomistico, del prof. Alessandro Cioffi sui LEP, della prof.ssa Chiara Cacciavillani e del prof. Pier Luigi Portaluri sulle implicazioni dell'autonomia differenziata rispettivamente per la materia sanitaria e la materia governo del territorio. Al termine ascolteremo le conclusioni della prof.ssa Maria Alessandra Sandulli.

* Lo scritto riproduce l'introduzione al Seminario *Novità e possibilità dell'autonomia differenziata nelle più recenti proposte di riforma*, organizzato dal Comitato di redazione della sezione Diritto e Processo Amministrativo di questa Rivista e tenutosi il 9 gennaio 2023.